Der Pflichtteilsanspruch des durch gemeinschaftliches Testament nach § 2269 BGB. eingesetzten Dritten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der
Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Röttger
Referendar in Magdeburg.

Magdeburg-Wilhelmstadt
Buchdruckerei Deubach & Lindemann (G. m. b. H.)
1913.

Berichterstatter: Professor Dr. F. Leonhard.

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters!

Inhaltsübersicht.

1. Kapitel.

Einleitung.

2. Kapitel.

Hat der eingesetzte Dritte einen Pflichtteilsanspruch?

3. Kapitel.

Welchen Einfluß hat die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches auf die Einsetzung?

Literaturverzeichnis.

Systematische Darstellungen.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Leipzig 1853.

v. Birckmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Bearbeitet von Arndt, Bernhöft usw. 2. Aufl. Berlin 1912.

v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes. 7./8. Aufl. Wien-Leipzig 1905.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Halle a. S.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle a. S. 1896.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Erbrecht. 3. Aufl. Bearbeitet von Engelmann. Halle a. S. 1911.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Fortgeführt von R. Leonhard. Bd. III. 1./2. Aufl. Berlin 1904.

Enneccerus, Kipp und Wolff. 1. Bd. 4./5. Aufl. 1909. 2. Bd. 1./2. Aufl. Marburg 1911/12.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 4. Bd. 7. Aufl. Berlin 1897.

Gai, institutionum commentarii quattuor. ed. sec.. Lipsiae MCMVIII.

v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Erlangen 1843.

Koch, Das preußische gemeine Privatrecht. 3. Aufl. Berlin 1858.

Koch, Das preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Berlin 1866.

Kretzschmar, Erbrecht. 1910.

P. Meyer, Das Erbrecht des BGB. 1.—6. Lieferung. Marburg 1904/10.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 13. Aufl. Leipzig 1908.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. V.

Kommentare.

Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB. 8. Aufl. München 1909.

F. Leonhard, Erbrecht. 5. Bd. des Großen Kommentars zum BGB. von Biermann, v. Blume, (Frommhold) F. Leonhard, Riedner, Opet, Örtmann. 2. Aufl. des Erbrechts. Berlin 1912.

Planck (Strohal-Unzner-Strecker), Erbrecht. 5./6. Aufl. Berlin 1908.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, mit Erläuterungen von Rehbein und Reincke. 3. Aufl. Berlin 1885.
v. Staudinger (Herzfelder), Erbrecht. 5./6. Aufl. 1911.
Wilke, Erbrecht. 5. Bd. des Kommentars zum BGB. von Wilke, Reatz, Koffka und Neumann. Berlin 1900.

Einzeldarstellungen.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. Jena 1911.
Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reichs. 1904.
Hilse-Weißler, Formularbuch. 11. Aufl. 1904.
Kanoldt, Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge, die im gemeinschaftlichen Testament auf den Überrest eingesetzt sind, nach dem Tode des zuerst versterbenden Ehegatten? (Greifswalder Dissertation.) Leipzig 1908.
Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1899.
Maercker, Die Nachlaßbehandlung. Bearbeitet von Köhne und Feist. 16. Aufl. 1900. 17. Aufl. 1902. 18. Aufl. 1912. Berlin.
Mattes, Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB. (Gießener Dissert.) Worms 1902.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. 1899.
P. Meyer, Das gemeinschaftliche Testament des BGB. Marburg 1908.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. 1897.
Schultzenstein, Beitrag zur Lehre vom Pflichtteilsrecht. 2. Aufl. Berlin 1878/83.
Tacitus, Germania.
Wohlfarth, Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB. (Breslauer Dissertation.) Königsberg 1909.

Aufsätze.

v. Blödau, Ein diktatorisches Elterntestament, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 7. S. 490.
Fischer, Otto, Zur Lehre von dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 6. S. 54 ff.
Friedrichs, Zum § 2269 BGB., im „Recht". 1901. S. 258.
Goldmann, Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Testaments. Gruchot. Bd. 48. S. 64 ff.
Göz, Zur Lehre von dem korrespektiven Testament, im Archiv für die zivil. Praxis. Bd. 54. S. 145 ff.
Güthe, Zur Lehre des § 2269, in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1902. S. 41 ff.
v. Henle zu einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in DJZ. 1904. Sp. 303.
Hesse, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. III. S. 250 ff.

v. Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB.
Jastrow, Wie können sich Eheleute bei einem Testament nach § 2269 gegen die Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilsansprüche der Kinder sichern?, in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1904. S. 424 ff.
Kiß, Zur juristischen Konstruktion der korrespektiven Verfügung im gemeinschaftlichen Testament, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25. S. 175 ff.
Kößler, Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch, in DJZ. 1906. Sp. 1181 ff.
Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller. 1892. S. 29 ff.
Ubbelohde, Kritische Beiträge zum Zivilgesetzentwurf. 1889. Im Archiv für die zivil. Praxis. Bd. 75. S. 36 ff.
Weißler, Zu einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1904. S. 287 ff.
Zitelmann, Die Natur des Pflichtteilsrechtes und der Pflichtteilsklage nach preußischem Recht bei Gruchot. Bd. 20. S. 321 ff.

Materialien und Entscheidungen.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von Decker, Voswinckel, Heinsius,
Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts, bearbeitet und herausgegeben von Rehbein.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in DJZ. 1904. Sp. 303.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich.
Protokolle zum Entwurfe eines BGB. Berlin 1898.
Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages. Bd. 4.

Entwürfe.

Otto Bähr, Gegenentwurf zum Entwurfe eines BGB.
Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven.

Abkürzungen.

RG. = siehe Entscheidungen des Reichsgerichts.
Rspr. = siehe Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
JW. = Juristische Wochenschrift.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

1. Kapitel.

Einleitung.

§ 1.

Das Pflichtteilsrecht.

Jedermann kann mit seinem Vermögen schalten und walten, wie er will.

Ohne diesen Grundsatz können wir uns volle persönliche Freiheit des Einzelnen nicht vorstellen. Allein, ausnahmslos durchgeführt, würde der Satz zu großen Härten führen und der Segen, den er bringt, in Unsegen verkehrt werden.

Deshalb unterliegt die Freiheit des Einzelnen im Interesse anderer Einzelner oder der Allgemeinheit mannigfachen Beschränkungen. So enteignet der Staat Grundeigentum, damit z. B. die Eisenbahnen den kürzesten Weg nehmen, so gebietet er Schutz hervorragenden Natur- und Kunstschönheiten, verhindert er das Entstehen gefährlicher oder besonders unschöner Bauten.

Aber nicht nur hinsichtlich des seine Lebenszeit betreffenden Tuns und Lassens sind der Bestimmungsmacht des Einzelnen Schranken gezogen, sondern auch hinsichtlich des für den Todesfall vorgenommenen. Die Freiheit des Einzelnen, über sein Vermögen letztwillig nach Belieben zu verfügen, ist eingeengt zugunsten gewisser nächster gesetzlicher Erben.

Diese haben „nach natürlicher und sittlicher Ordnung“ [1]) ein Recht auf den Nachlaß, auch wenn der Erblasser ihnen (versehentlich oder absichtlich) nichts zugewendet hat. Dieses Recht, das Pflichtteilsrecht, ist die notwendige Folge, gleichsam der Schatten der Testierfreiheit und daher fast so alt wie diese selbst.

Als der Grundsatz der Testierfreiheit noch unbekannt war, konnte von einem Bedürfnis für ein Pflichtteilsrecht natürlich nicht die Rede sein.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. V, § 107, I.

So ursprünglich im alten deutschen Rechte. Dort wurde jedes Vermögen als Familienvermögen angesehen, das nach familienrechtlichen Grundsätzen dauernd in der Familie verblieb, unbeeinflußt von Abgang und Zugang einzelner Familienmitglieder. Dieser Zustand dauerte lange Zeit.

Als endlich mit dem Eindringen fremden Rechts die Testierfreiheit auch nach Deutschland kam, setzte sich diese doch nur zum Teil durch. Der Erblasser durfte nämlich über einen Teil seines Vermögens frei verfügen (portion disponible nennt ihn später der code civil), der andere blieb als Familiengut seiner Verfügung entzogen (réserve).

Von Deutschland aus breitete sich diese Rechtsordnung gewohnheitsrechtlich auf Nordfrankreich und die Schweiz aus und fand später durch Aufnahme in dem code civil auf ein gewaltiges Herrschaftsgebiet Anwendung[2]).

Wenn auch von einem eigentlichen Pflichtteilsrecht in diesen Quellen noch nicht gesprochen werden kann, so war doch der dem Pflichtteilsrecht zugrunde liegende Gedanke: „keine vollständige Testierfreiheit zugunsten gewisser Verwandten" schon zur Entwicklung gelangt.

Auch dem römischen Recht war nicht schon von Anfang an ein Pflichtteilsrecht bekannt. Bereits das Zwölftafelgesetz (451—450 v. Chr.) hatte den Grundsatz der Testierfreiheit aufgestellt. Allein, statt dem grundlos Enterbten ein Pflichtteilsrecht zu geben, mußte dieser schon mit einer inhaltsleeren Erwähnung seiner Person im Testamente zufrieden sein: der Erblasser mußte nämlich seine Hauskinder entweder ausdrücklich enterben oder aber zu Erben einsetzen[3]), andernfalls war das Testament nichtig. Wer also seine Kinder von der Erbfolge ausschließen wollte, mußte dies in Worten niederlegen; stillschweigendes Übergehen war nicht möglich. Diese Gesetzesvorschrift scheint töricht, ist es aber doch nicht ganz. Es ist leichter, eine unmoralische Handlung durch ein Unterlassen als durch ein Tun zu begehen. Die Worte klingen hart und sind unbequem, vollends wenn, wie ursprünglich beim öffentlichen Testament, das Volk bei der Errichtung zugegen war und die Worte hörte[4]).

---

[2]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. V, § 107, II und die dort zitierte Literatur.

[3]) Vgl. Gai instit. II, 123: Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet.

[4]) Vgl. F. Leonhard in Birkmeyers Enzyklopädie, 2. Aufl., S. 178.

Auch das prätorische Recht hat an diesem System des sog. formellen Noterbrechts nichts Wesentliches gefördert; es dehnte dieses auf die emanzipierten Kinder aus[5]).

Erst die Zeit der Republik bzw. der Kaiser ließ ein Pflichtteilsrecht erstehen.

Nach uralter Anschauung war es Verwandtenpflicht, ein officium pietatis, seinen nächsten Verwandten letztwillig etwas zuzuwenden. Zwar genügte vom rein rechtlichen Standpunkte aus die formelle Erwähnung im Testament. Einer gesunden Sittenanschauung gelang es aber allmählich, sich an die Stelle dieses Formalrechtes zu setzen. Wer seine nächsten Verwandten ohne triftigen Grund enterbt, muß bei Errichtung dieses pflichtwidrigen Testaments (testamentum inofficiosum) nicht bei gesundem Verstande gewesen sein (color insaniae des Testamentes). Diese Volksmeinung wurde zum Recht durch die Praxis des Zentumviralgerichtes, des großen römischen Volksgerichtes (mit 105 und später 180 Mitgliedern), des in mehrere Abteilungen gegliederten Spezialgerichtshofes für Erbschaftssachen. Die Entstehung dieser Praxis ist nicht mit Sicherheit festzustellen; nach manchen, z. B. Dernburg[6]) und Sohm[7]) fällt sie in die spätere Zeit der Republik, nach anderen, z. B. Czyhlarz[8]) in die Kaiserzeit. Wahrscheinlich hat sie beide Perioden erlebt.

War einem nahen Verwandten grundlos zu wenig oder nichts hinterlassen worden, so konnte er vom Zentumviralgericht auf Grund vermuteter Geisteskrankheit des Erblassers die Umstoßung des Testamentes und Verurteilung des Eingesetzten auf Herausgabe des vollen gesetzlichen Erbteils verlangen. Diese Klage heißt querela inofficiosi testamenti.

Jedem Testator, der seine Verwandten von der Erbfolge ausschließen wollte, lag natürlich daran, daß sein Testament nicht für ungültig erklärt wurde. Er konnte dies nach der Rechtsprechung des Zentumviralgerichtes verhüten, indem er diese Verwandten (Noterben, heredes necessarii genannt) zu wenigstens einem Viertel ihres gesetzlichen Erbteils einsetzte. Tatsächlich sahen sich so viele Erblasser genötigt, ihren Verwandten, die sie gern (grundlos) enterbt hätten, wenigstens etwas zuzuwenden. Das Zentumviralgericht hatte es ihnen gleichsam zur Pflicht gemacht. Daher nannte man das Zugewendete den Pflichtteil (portio debita) und das materielle Noterbrecht späterhin das Pflichtteilsrecht.

---

5) Vgl. Gai instit. II, 135.
6) § 107 III, 2.
7) § 47, Anmerkung 5.
8) § 138.

Freilich hafteten dem materiellen Noterbrecht zunächst noch die Schalen der Entwicklung an. So verlor der Kläger, der die querela erfolglos anstellte, alles, was ihm der Erblasser letztwillig zugewendet hatte, weil er dessen Andenken durch die Klage beschimpft hätte. War der Pflichtteil nur zum Teil hinterlassen, so gab es keine Klage auf Ergänzung.

Justinian half dies Reformwerk vollenden. Er gab zunächst eine Ergänzungsklage — die actio ad supplendam legitimam —, stellte die Enterbungsgründe einzeln auf und änderte das Noterbrecht noch mehr zugunsten der Aszendenten und Deszendenten.

Im gemeinen Recht kehrte das justinianische Noterbrecht mit geringen Abweichungen wieder. Von diesen ist besonders für das heutige Recht von Interesse die Einführung der cautela Socini, die ein unbekannter findiger Jurist erfunden hat. Bisher wurden alle dem Pflichtteil auferlegten Beschwerungen oder Beschränkungen vom Richter gestrichen. Durch die cautela Socini wurde diesem Rechtsgebrauch etwas von seiner Starrheit genommen.

Es wurde üblich und zulässig, daß die Erblasser ihren Erben einen den Pflichtteil übersteigenden Erbteil zuwandten, aber mit irgendeiner Beschwerung (z. B. Auferlegung eines Vermächtnisses). Gleichzeitig stellten sie die Erben vor die Wahl, entweder den Erbteil nebst Belastung anzunehmen oder nur den unbelasteten Pflichtteil.

Seit wann eine solche Anordnung zulässig ist, weiß man nicht sicher. Man weiß aber, daß der Jurist Marianus Socinus der Jüngere, ein Italiener, der bis 1556 lebte[9]), sich um ihre Verbreitung verdient gemacht hat und nennt sie deshalb cautela Socini.

In das preußische Recht ist das römische und gemeine Noterbrecht nicht übernommen worden. Dem Allgemeinen Landrecht ist (Teil II, Titel 2, § 502) ein Recht auf Erbeseinsetzung oder Enterbung fremd, ebenso der Gedanke einer Erbfolge im Widerspruch mit der des Testamentes (das letztere ist allerdings nicht unbestritten). Insofern stimmt es freilich mit dem römischen und gemeinen Recht überein, als es ein subjektives Pflichtteilsrecht anerkennt.

Über die Natur dieses Rechtes spricht sich das Allgemeine Landrecht nicht klar aus.

Nach der älteren Ansicht, der Noterbentheorie, wurde der Pflichtteilsberechtigte in Höhe seines Pflichtteilsbetrages Erbe. Die Folge ist, daß er auch den Nachlaßgläubigern mit haftet und

---

[9]) Vgl. Kipp bei Windscheid, § 582, 4 und Kipp, Lehrbuch des Erbrechts, § 132, Anmerkung 4.

auf der anderen Seite alle Rechte eines Miterben hat. Diese Theorie wurde hauptsächlich vertreten von Koch[10]) und Förster[11]). Im Gesetz ist für diese Ansicht so gut wie kein Anhalt zu finden. Wenn sie dennoch vertreten wurde, so widersprachen ihre Anhänger, wie Zitelmann[12]) bemerkt, entweder dem Gesetz oder sich selbst oder beiden.

Nach der Reszissionstheorie kann der Pflichtteilsberechtigte, der zu wenig oder nichts erhalten hat, die Aufhebung des Testamentes durch rechtskräftiges Urteil bis zur Höhe seines Pflichtteils verlangen, um dann als Miterbe einzutreten. Allein, eine solche moderne querela inofficiosi testamenti mit ihrer Fiktion der Geisteskrankheit des Erblassers paßt historisch nicht in das Gefüge des preußischen Rechtes hinein. Es ist daher nicht angängig, eine solche Auffassung aus dem Allgemeinen Landrecht, mag auch der Wortlaut[13]) hie und da dafür sprechen, herauszulesen. So mit Recht Schultzenstein[14]) nnd Dernburg[15]); anderer Ansicht allerdings Zitelmann[16]), der die römische querela inofficiosi testamenti als Vorbild zur Pflichtteilsklage des Allgemeinen Landrechts ansieht.

Nach der dritten Theorie hat der Pflichtteilsberechtigte nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Auszahlung einer Geldsumme. Diese Ansicht dürfte die richtige sein. Sie entspricht der nach Dernburg[17]) bei den Gesetzgebern des Landrechts vorhanden gewesenen Absicht, das Pflichtteilsrecht einfach zu gestalten. Die Ecfahrung hat gezeigt, daß diese Auffassung auch den Lebensbedürfnissen am meisten gerecht wird; vgl. hierüber F. Leonhard[18]): Hat der Pflichtteilsberechtigte nach unerquicklichen Streitigkeiten mit dem Testamentserben endlich sein Pflichtteilsrecht durchgesetzt und sollte er nun als Miterbe neben dem Testamentserben den Nachlaß verwalten und sich mit ihm auseinandersetzen, so wäre des Unfriedens zwischen beiden kein Ende.

---

[10]) Preußisches Erbrecht, S. 451.

[11]) Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 4, § 248, Anmerkung 7 (S. 326).

[12]) Zitelmann in Gruchot, Bd. 20, S. 340. Ähnlich Eccius in Förster-Eccius, § 248 (S. 327).

[13]) Vgl. die Worte „erben" und „enterben" z. B. in Teil I, Titel 17, § 284 und Teil II, Titel 2, § 506; andererseits „der Pflichtteil gebührt" in Teil I, Titel 11, § 1113, „zukömmt" in Titel 12, § 154. Der Wortlaut widerspricht sich, kann also nicht entscheidend sein.

[14]) Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht, S. 109.

[15]) § 196, II2 (S. 574).

[16]) Gruchot, Bd. 20, S. 369.

[17]) § 196, II2 (S. 574).

[18]) Zu § 2303 BGB., Bemerkung I B.

Das Gesetz schafft Klarheit und Frieden, indem es dem Pflichtteilsberechtigten einen einfachen Geldanspruch in Höhe des halben Wertes des gesetzlichen Erbteils zubilligt.

Aus diesen Gründen haben sich der letzten Theorie angeschlossen das Österreichische[19]) und schließlich auch das Deutsche BGB. In § 2303 dieses Gesetzes wird bestimmt, daß der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils bestehe und im folgenden Paragraphen, daß die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen sei.

Aus dem gemeinen Rechte ist die obenerwähnte cautela Socini übernommen worden, aber mit der Aenderung, daß sie jetzt von Gesetzeswegen, also auch ohne besondere Bestimmung, gilt. So kann heute z. B. ein als Vor- bzw. Nacherbe auf einen den Pflichtteil übersteigenden Erbteil Eingesetzter den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt, § 2306.

Durch die Regelung des Pflichtteilsrechtes im BGB. sind viele wichtige Streitfragen beseitigt worden. Dennoch ist nicht alles geklärt. So ist es z. B. nicht unzweifelhaft, ob der durch gemeinschaftliches Testament nach § 2269 eingesetzte Dritte einen Pflichtteilsanspruch[20]) hat.

Umstritten ist auch die Frage, welchen Einfluß die Geltendmachung dieses Anspruchs auf das Nachfolgerecht des Dritten hat.

Strittig ist ferner, ob der dem § 2306 zugrunde liegende Gedanke der cautela Socini (Wahlbefugnis zwischen Pflichtteilsanspruch und Nachfolgerecht) auf den Fall, daß der nach § 2269 eingesetzte Dritte den Pflichtteil verlangt, analoger Anwendung fähig ist. Innerhalb dieser Frage ist zweifelhaft, welchen Umfang diese Analogie haben dürfe.

Ehe indes auf diese Fragen näher eingegangen wird, soll zunächst das Wesen und die Bedeutung des gemeinschaftlichen Testamentes sowie die Art des Nachfolgerechtes des Dritten untersucht werden.

---

[19]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. V, § 107, Anmerkung 12 (S. 303): Unger, Österreichisches BGB., Erbrecht, § 78, Anmerkung 5.

[20]) Vielfach werden Pflichtteils recht und Pflichtteils anspruch miteinander identifiziert. Allein, wenn beide auch oft zugleich vorhanden sind, so gibt es doch eine Reihe von Fällen, wo ein Pflichtteilsrecht aber kein Pflichtteilsanspruch gegeben ist. So erwirbt z. B., wie erwähnt, der pflichtteilsberechtigte Nacherbe einen Pflichtteilsanspruch erst durch rechtzeitige Ausschlagung, § 2306. — Vgl. hierüber Staudinger-Herzfelder, Vorbemerkung zu § 2303 ff., Bemerkung I D und die dort zitierten Aufsätze von Langheineken, Vater und Levis, sowie auch das dort zitierte Lehrbuch von Strohal, Bd. I, § 49, Anmerkung 8 (S. 417).

§ 2.

Das gemeinschaftliche Testament.

Ein gemeinschaftliches Testament ist ein solches Testament, das von Ehegatten in einem Akte errichtet wird.

Ueber die geschichtliche Herkunft der gemeinschaftlichen Testamente ist man sich nicht einig[1]). Ueberwiegende Gründe sprechen indes dafür, die geschichtliche Wurzel im deutschen Rechte zu suchen. In Rom fehlte es an einem Bedürfnis für das Institut wegen des dort herrschenden Dotalsystems mit seiner Sonderung der Vermögensmassen. Unbekannt freilich war das Institut den Römern nicht, wie eine Verordnung des Kaisers Valentinian III.[2]) und eine Stelle im Corpus Juris[3]) zeigen, es hat aber keinesfalls allgemeine Anerkennung gefunden und ist in Deutschland nicht rezipiert worden.

Es hat sich vielmehr auf deutschem Boden selbständig entwickelt aus derselben Wurzel, der im Mittelalter der Erbvertrag entsprossen ist: den „Vergabungen von Todeswegen". Dies war eine im älteren deutschen Rechte namentlich unter Verlobten und Ehegatten viel geübte Sitte[4]).

Als das Testament den Deutschen noch unbekannt war[5]), pflegten die Erblasser ihr Eigentum schon zu Lebzeiten an den „Erben" vertragsmäßig zu übertragen und sich dabei den lebenslänglichen Nießbrauch vorzubehalten. Unter dem Einflusse der Kirche entstanden dann letztwillige Verfügungen mit Vermächtnissen an die Kirche („Seelgeräte"). Als nun später das römische Institut des gemeinschaftlichen Testamentes nach Deutschland kam, bedurfte es nur einer Aenderung der Form: man nahm die Vergabung von Todeswegen von jetzt an nicht mehr ausschließlich in Vertragsform (später Erbvertrag), sondern auch in Testamentsform vor. Dadurch ersparte man sich die umständliche

---

[1]) Vergl. Glück, Ausführliche Erl. der Pandekten, 35. Teil, S. 50—75, Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. IV, § 257; Koch, Preußisches Erbrecht; S. 650 f.; Göz im Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 54, S. 145; Fischer im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, S. 54 ff.; Löwenwald, S. 6—7; P. Meyer, Das gemeinschaftliche Testament, S. 5 ff., Lehrbuch § 57, Anmerkung 3; Kipp, S. 72 ff.; Mattes, S. 2—6; Wohlfarth, S. 13—16; Kanoldt, S. 13—16.

[2]) Vom Jahre 446. Ist nicht in das Corpus Juris aufgenommen, woraus geschlossen werden kann, daß Justinian mit dieser Rechtsbildung nicht einverstanden war.

[3]) L. 19 Cod. de pact. 2, 3. Nach manchen auch l. 26 Dig. de mort. causa donat. 39, 6.

[4]) Vgl. Beseler, Syst. Bd. II, S. 523 und die auf S. 524, Anmerkung 3 zitierten.

[5]) Berühmte Stelle in Tacitus, Germania (c. 20); heredes tamen successoresque sui cuique liberi, nullum testamentum. Vgl. auch das deutsche Rechtssprichwort: Wer will froh und selig sterben, läßt sein Gut den rechten Erben.

Eigentumsübertragung und Nießbrauchsbestellung. Das ebenfalls in Deutschland übliche Rechtssystem der Gütergemeinschaft der Ehegatten, das ein inniges Zusammenwirken der Eheleute im Leben und für den Todesfall in sich schließt, war dieser Entwicklung überaus günstig.

In dem letzterwähnten Vorzuge des freien Widerrufs lag aber, wie sich bald herausstellte, zugleich der Hauptmangel des neugewonnenen Rechtsinstitutes. Denn die häufigste Abart des gemeinschaftlichen Testamentes: das abhängige (korrespektive) gemeinschaftliche Testament ist eben nicht frei von vertragsähnlichen Elementen. Freier Widerruf verträgt sich nicht mit dem Wesen des abhängigen gemeinschaftlichen Testaments. Die Frage, welche Vorschriften des Testamentsrechtes und welche des Vertragsrechtes Anwendung zu finden hätten, wurde in der Folgezeit zu einer Streitfrage, die lange Zeit hindurch zahllose andere nach sich zog und die schließlich sogar den Grund bildete, in einige neu zu schaffende Gesetze anderer Länder das gemeinschaftliche Testament überhaupt nicht aufzunehmen.

So kennen z. B. der code civil [6]) und das lübische Stadtrecht [7]) das gemeinschaftliche Testament nicht. Dem code civil folgten seine Tochterrechte wie der code civil royaume d'Italie [8]), code civil espagnol [9]) und das Badische Landrecht [10]), ferner die Gesetzbücher der Niederlande [11]), Portugal und Mexiko [12]).

Andererseits läßt das Preußische Allgemeine Landrecht [13]) nach Regelung einiger der wichtigsten Streitfragen gemeinschaftliche Testamente mit Einschränkungen zu. Ebenso die Stadtrechte von Hamburg [14]), Mainz [15]), Trier [16]) und Frankfurt [17]).

Unbeschränkt zugelassen ist es in den Gesetzbüchern Sachsens [18]), Bayerns [19]) und Württembergs [20]) [21]).

---

6) Art. 968 und 1000, 1.
7) Revidiertes lübisches Recht, Teil II, Titel 1, Art. 10.
8) Buch III, Kap. II, § 761.
9) Buch III, Sekt. 12, Art. 669.
10) Von 1809, Satz 968, 1097.
11) Code civil Holland, Buch II, Sekt. IV, Art. 1009.
12) Vgl. Hamilton, Mexican Law., S. 162 (Löwenwald, S. 8—9).
13) Teil I, Titel 12, § 614; Teil II, Titel 1 § 482.
14) Hamburger Statuten, Teil III, Titel 1, Art. 17.
15) Churfürstlich Mayntzsches Landrecht, Titel 7, § 8.
16) Trierer Landrecht, Titel II, § 6.
17) Frankfurter Reform. Teil IV, Titel 1, § 8.
18) BGB. für das Königreich Sachsen, Art. 2196.
19) Cod. Maxim. Bav., Teil III, Kap. IV. § 10.
20) Württembergisches Landrecht von 1610, Teil III, Titel 7, § 1 und § 5.
21) Vgl. Löwenwald, 7—9.

Die Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich[22]) und mit ihnen namhafte Juristen wie z. B. Stobbe[23]) und Ubbelohde[24]) hielten es nicht für gut, dem Beispiele der meisten deutschen Rechte zu folgen. Die Motive bezeichnen die Rechtsentwicklung, die das gemeinschaftliche Testament hervorgebracht hat, als „abwegig". Hauptsächlich wegen der Beengung des freien Widerrufs der letztwilligen Verfügung, wodurch das gemeinschaftliche Testament sich als ein unerfreuliches Mittelding zwischen Testament und Erbvertrag gestalte. Zur Beseitigung aller der sich an das Institut knüpfenden Streitfragen empfehlen sie dessen völlige Abschaffung um so mehr, da ja der Zweck des gemeinschaftlichen Testaments sich auch durch den Erbvertrag erreichen lasse.

Nicht viele zollten diesen Ausführungen Beifall. Die meisten meinten, daß das alte Recht wegen mancher Vorzüge nicht ausgetilgt werden dürfe. Es müsse Rücksicht genommen werden auf die deutsche Sitte und die Lebensgemeinschaft der Ehegatten, die diese Gemeinschaft auch für den Todesfall betätigen wollen. So insbesondere Fischer[25]) Mommsen[26]) und Gierke[27]). Nicht anders äußerten sich die Bundesregierungen der drei deutschen Königreiche; ebenso der 20. Deutsche Juristentag nach dem Referate von Enneccerus[28]).

Unter dem Einflusse dieser überwiegenden Meinung beschloß die II. Kommission[29]) im Anschluß an das preußische Recht das gemeinschaftliche Testament beizubehalten, und zwar alle drei Arten desselben.

Die Hauptunterschiede vom preußischen Recht bilden nach der neuen Regelung die Auslegungsvorschrift des § 2269 und die Festsetzung des Zeitpunktes, in dem der überlebende Ehegatte das Recht verliert, seine korrespektive Verfügung zu widerrufen, § 2271.

Das Rechtsinstitut des gemeinschaftlichen Testamentes im BGB. erfüllt in erster Linie eine traditionelle, geschichtliche Mission. Das gemeinschaftliche Testament ist nun einmal im Laufe der Zeit dem Volke in dem größten Teile Deutschlands „eine

---

[22]) § 1913.
[23]) Deutsches Privatrecht. Bd. 5, § 307, Anmerkung 7.
[24]) Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 6, S. 55.
[25]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, S. 55.
[26]) Entwurf eines deutschen Rechsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 244.
[27]) Entwurf eines BGB., S. 325.
[28]) Verhandlungen, Bd. 4, S. 444—448.
[29]) Entwurf II, § 2132.

festgewurzelte und liebgewordene Einrichtung geworden"[30]. Der deutschen Anschauung vom Wesen der Ehe entsprach es, wie erwähnt, den Ehegatten eine Möglichkeit zu geben, auch für den Todesfall hinsichtlich des Ehevermögens gemeinsam zu sorgen.

Die hohe juristische Bedeutung des gemeinschaftlichen Testamentes, von der manche sprechen, ist in Wahrheit keineswegs so bedeutend. Tatsächlich liegt, abgesehen von der erwähnten deutschen Sitte und Anschauung, eigentlich gar kein dringendes Bedürfnis für das Institut vor. Denn, wie R. Leonhard[31]) festgestellt, kann die Hauptbesonderheit gemeinschaftlicher Testamente: die zwingende Abhängigkeit (Korrespektivität) auch durch getrennte Testamente erreicht werden, nämlich mit Hilfe der Erbeinsetzung unter auflösender Bedingung[32]). Und für gemeinschaftliche Testamente ohne Abhängigkeit der Verfügungen ist kein Bedürfnis vorhanden. R. Leonhard hält daher das Institut des gemeinschaftlichen Testamentes für eine entbehrliche Rechtseinrichtung. In der Praxis haben sich noch mehr Gründe herausgestellt, die Richtigkeit dieser Ansicht zu bestätigen. Es dürfte Michael[33]) Recht zu geben sein, wenn er das gemeinschaftliche Testament unverhüllt bezeichnet als „eine Goldgrube für die Advokaten, eine nie versiegende Quelle für die Theorie, eine Plage für die Gerichte".

Welchen Zweck verbinden nun die Erblasser mit der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes, durch welches die Kinder — wie es meistens geschieht — zwar nicht als Erben des erstversterbenden Ehegatten eingesetzt werden, aber doch schließlich das Ehevermögen erhalten sollen?

Durch ein solches Testament soll beim Tode des erstversterbenden Ehegatten dem überlebenden eine möglichst unveränderte Fortdauer seiner wirtschaftlichen Existenz gewährleistet werden. So soll z. B. die überlebende Witwe nicht gezwungen sein, das Geschäft oder Grundstück, das die Familie bisher ernährt hat und das augenblicks vielleicht nur ungünstig zu veräußern ist, loszuschlagen, nur um die Erbansprüche der Kinder zu befriedigen. Der wirtschaftliche Zweck des gemeinschaftlichen Testaments ist also — ähnlich wie bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft[34]) — darauf gerichtet, die Wirtschaftseinheit des

---

[30]) Vgl. Laué in Verhandlungen des „20. Deutschen Juristentages", Gutachten, S. 3—12, Wilke ebendort S. 13—29 und Michael, S. 12.

[31]) Vgl. R. Leonhard in Ecks Vorträgen (§ 27) S. 171, Anmerkung 1.

[32]) Vgl. hierzu F. Leonhard in Bemerkung IV zu § 2270: die Vorschriften der §§ 2220—71 gelten aber für solche Testamente nicht!

[33]) S. 13.

[34]) Vgl. Motive, Bd. IV zu § 1384.

Elternvermögens möglichst unversehrt zu lassen. (Indessen ist es zu weitgehend, diesen Zweck bis zur Verweigerung des Pflichtteilsanspruches durchzuführen, wie Kanoldt[35]) es will.)

Das heutige Recht unterscheidet drei Arten des gemeinschaftlichen Testamentes, je nach dem mehr oder minder starken Zusammenhang zwischen den einzelnen Verfügungen:

I. Ist der Zusammenhang ein rein äußerlicher, so daß einziges und alleiniges „Bindemittel" der beiden Testamente die „Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes"[36]) ist, so spricht man wohl vom einfachen gemeinschaftlichen Testament (testamentum simultaneum). Diese Art ist die im Leben seltenere[37]).

Ehe auf die beiden anderen Arten eingegangen wird, sollen zunächst die Vorschriften für die Errichtung solche Testamente kurz dargelegt werden. Hinsichtlich der Form läßt das BGB. grundsätzlich alle Testamentsformen zu. Ausdrücklich ist dies zwar nur für das ordentliche eigenhändige und für das Nottestament anerkannt. Es folgt aber für die übrigen daraus, daß die von den allgemeinen Formvorschriften abweichenden Bestimmungen als Sondervorschriften hervorgehoben sind[38]).

Für das ordentliche

a) öffentliche gemeinschaftliche Testament ist erforderlich, daß vor einem Richter oder Notar die gemäß §§ 2233—2246 vorgeschriebenen Unterschriften von beiden Ehegatten vollzogen werden und über beider Erklärungen ein Protokoll aufgenommen wird. Darauf wird beiden Ehegatten je ein Hinterlegungsschein erteilt (in anal. Anw. des § 2277, II).

b) eigenhändige gemeinschaftliche Testamente genügt nach der Vorschrift des § 2267, daß der eine Ehegatte die letztwillige Verfügung niederschreibt, datiert und unterschreibt und der andere Ehegatte schriftlich hinzufügt, daß dies Testament auch als das seine gelten solle, worauf auch er datiert und unterschreibt. So entsteht eine Urkunde, die sich äußerlich nur als ein Testament darstellt, aber inhaltlich zwei Testamente enthält. So wird eine Uebereinstimmung der Erklärungen mit dem einfachsten Mittel: der Bezugnahme, erreicht, die im Vergleich zu zwei leicht voneinander abweichenden einzelnen Testamenten recht vorteilhaft erscheint.

Aus den Gesetzesworten (§ 2267): „Zur Errichtung — genügt es, wenn —" geht hervor, daß außer dieser erleichterten auch

[35]) Vgl. unten § 7.

[36]) So anschaulich Strohal, Bd. I, § 43, Anmerkung 3.

[37]) Vgl. P. Meyer, Lehrbuch, S. 376.

[38]) Vgl. Prot. S. 7340—42 und Löwenwald, S. 84—87.

noch die strengere Form zulässig sei [39]), so u. a. Windscheid — Kipp [40]), F. Leonhard [41]), P. Meyer [42]) und Goldmann [43]), vgl. auch die bei Kipp [44]) (Erbrecht) Zitierten. So liegt z. B. ein gültiges gemeinschaftliches Testament auch dann vor, wenn jeder Ehegatte seine Verfügung schreibt und dann beide unterzeichnen. Oder der eine Ehegatte testiert, der andere fügt schriftlich hinzu, daß dies Testament auch als das seine gelten solle und danach unterzeichnen beide. Wie nun, wenn jeder Ehegatte ein vollständiges formgerechtes Einzeltestament fertigt, aber so, daß beide Testamente inhaltlich übereinstimmen und auf demselben Blatte stehen? Diese Frage spitzt sich zu der weiteren zu: Ist übereinstimmender Inhalt oder die besondere Form Kennzeichen eines gemeinschaftlichen Testamentes? F. Leonhard [45]) (und mit ihm das Reichsgericht) antwortet richtig: die Form. Andernfalls könnten Testamente mit übereinstimmendem Inhalt nur von Ehegatten errichtet werden. Da die Form des gemeinschaftlichen Testaments nicht erfüllt ist, liegen also zwei selbständige Einzeltestamente vor. Ebenso urteilt Löwenwald [46]). Dagegen hält Planck [47]) wegen der Uebereinstimmung des Inhaltes ein gemeinschaftliches Testament für vorliegend.

Außer der Beobachtung dieser Formvorschriften ist Gültigkeitsbedingung, daß die Testierenden in rechtsgültiger Ehe leben, § 2265. Ein von Nichtehegatten, z. B. Verlobten errichtetes gemeinschaftliches Testament ist daher nichtig (im Falle des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments ist es freilich möglich, die Verfügung des Zuersttestierenden gemäß § 140 als Einzeltestament aufrecht zu erhalten) [48]). Spätere Heilung durch Heirat ist angesichts der klaren Fassung des Gesetzes (§ 2265) für ausgeschlossen anzusehen [49]).

In der Tat besteht ein Bedürfnis für die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente fast durchweg nur für Eheleute. So wie

---

39) A. M. Löwenwald, S. 85.

40) Pandektenrecht, Bd. 3, S. 313.

41) Zu § 2267, Bemerkung V.

42) Das gemeinschaftliche Testament, S. 25.

43) S. 70—71.

44) § 76, Anmerkung 6.

45) Zu § 2267, Bemerkung V, zu § 2265, Bemerkung III, B. 3 und die dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts.

46) S. 85, zu § 2270, Bemerkung I.

47) Zu § 2267, Bemerkung 6.

48) Vgl. Strohal Bd. I, § 43, Anmerkung 5 und insbesondere Mattes, S. 7 und 13; A. M. Wohlfarth, S. 21.

49) Vgl. Prot. Bd. V, S. 427, Strohal, Bd. 1, § 43, Anmerkung 21, F. Leonhard zu § 2265, Bemerkung I, Planck zu § 2265, Bemerkung 1.

diese zu Lebzeiten alle Handlungen von einschneidender Bedeutung in übereinstimmender Willensrichtung vorzunehmen pflegen, so wollen sie auch die letzwillige Bestimmung über ihren Nachlaß gemeinsam treffen. Bei Verlobten trifft dieser Grund nicht zu. Sollte indes die Sitte ausnahmsweise auch Verlobten vorschreiben, gemeinschaftliche letzwillige Verfügungen zu errichten, so kann dem durch Errichtung von Erbverträgen genügt werden, die zumeist gleichzeitig mit dem Ehevertrag abgeschlossen zu werden pflegen. Das BGB. schließt daher in bewußter Abweichung vom bayrischen[50]) und sächsischen[51]) Rechte und im Anschluß an das österreichische Recht[52]) die gemeinschaftlichen Testamente von Nichtehegatten, wie erwähnt, aus.

Im preußischen Recht war die Frage bestritten. Das Allgemeine Landrecht Teil II, Titel 1, § 482 erwähnt zwar ausdrücklich nur „wechselseitige" Testamente von Ehegatten, womit gemeinschaftliche abhängige (korrespektive) mit gegenseitiger Erbeinsetzung gemeint sind. Aber es ist zweifelhaft, ob damit gemeinschaftliche Testamente von Nichtehegatten sowie nichtkorrespektive Testamente ausgeschlossen sein sollen[53]).

II. Weisen die im Testamente enthaltenen Verfügungen einen inneren Zusammenhang auf, indem die Ehegatten sich gegenseitig etwas zuwenden, so liegt ein gegenseitiges gemeinschaftliches Testament vor (testamentum mutuum seu reciprocum).

III. Ist anzunehmen, daß der eine Ehegatte seine Verfügung getroffen hat, weil der andere eine entsprechende getroffen hat, so wird das gemeinschaftliche Testament wegen dieses Abhängigkeitsverhältnisses der Verfügungen ein abhängiges oder korrespektives genannt (testamentum correspectivum).

Eine solche Abhängigkeit wird vom Gesetz in einigen Fällen als gewollt vermutet, so z. B. wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, § 2270, II[53a]).

Im Leben kommt am häufigsten eine Kombination der zu II und III genannten Arten vor: das gegenseitige abhängige (gemeinschaftliche) Testament.

---

[50]) Cod. Max. bav. Teil III, Kap. IV, § 10.

[51]) BGB. für das Königreich Sachsen, § 2196.

[52]) Österreichisches Allgemeines GB, (von 1812) §§ 583, 1248, 1217.

[53]) Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht § 257, Anmerkung 5; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. III, § 182, Anmerkung 4; Koch, Preußisches Privatrecht Bd. II, S. 770; Löwenwald, S. 8; Mattes, S. 4.

[53a]) Ob § 2270, II eine Rechtsvermutung enthält oder bloß als Auslegungsregel anzusehen ist, ist bestritten. Vgl. die Literatur bei Staudinger-Herzfelder zu § 2270 und 71, Bemerkung I.

Dies stellt den eigentlichen Typ des gemeinschaftlichen Testamentes dar.

Hinsichtlich der Abhängigkeit ist noch zu bemerken:

Die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung zieht nach § 2270, II die Unwirksamkeit der anderen nach sich. Die Voraussetzungen des Widerrufes sind in § 2271 geregelt.

Die Abhängigkeit kann zwar auch eine bloß einseitige sein, so daß also nur die Verfügung des einen Ehegatten zu der des anderen in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht[54]. Ob aber auf ein solches Testament § 2270 Anwendung finden kann, oder ob bei Unwirksamkeit der einen Verfügung die andere nur anfechtbar ist[55], ist bestritten[56].

Die Vorschriften der genannten §§ 2270 und 2271 gelten ausschließlich für gemeinschaftliche Testamente. Nicht also wenn die Ehegatten einzeln unter auflösender Bedingung testieren[57]. Ein eigentliches Abhängigkeitsverhältnis mit dem in den §§ 2270 und 2271 enthaltenen Wirkungen kann also lediglich durch gemeinschaftliches Testament erreicht werden[58].

Insofern zeigt sich das gemeinschaftliche Testament trotz aller Mängel in dieser Hinsicht also doch als wertvolle Rechtseinrichtung.

§ 3.

Die Bedenkung des Dritten im gemeinschaftlichen Testament.

Haben sich nun zwei Ehegatten dahin geeinigt, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, so bleibt für sie noch die Frage zu beantworten, in welcher Weise ihr Nachlaß an den sie dereinst beerbenden Dritten — meistens ihre Kinder — fallen soll.

In der Theorie und Praxis des preußischen Rechts wurde diese Frage in dreifach verschiedener Weise beantwortet. Welche Konstruktion die richtige war, darüber herrschte lebhafter Streit.

Nach der ersten Ansicht setzt jeder Ehegatte für den Fall seines Zuerstversterbens den andern Ehegatten zum Erben ein und belastet ihn zugleich mit dem Universalfideikommiß, für den Fall seines (des Belasteten) Todes den Gesamtnachlaß beider Ehegatten einem Dritten zuzuwenden.

---

54) Vgl. Planck zu § 2270, Bemerkung II, Dernburg, § 89, I3, Cosack II, § 360 IV 3b.

55) So F. Leonhard zu § 2270, Bemerkung IV.

56) Vgl. die Literatur bei F. Leonhard zu § 2270, Bem. IV, Anmerkung 9.

57) Vgl. oben die Anmerkungen 31, 32 und den Text dazu.

58) Vgl. F. Leonhard in Bemerkung IV zu § 2270, auch Planck in Bemerkung 5 zu § 2270.

Diese Konstruktion wurde im älteren gemeinen und preußischen Recht von vielen [1]) vertreten. Späterhin wurde sie aber von den meisten abgelehnt wegen ihres unnatürlichen und unjuristischen Aufbaues. Sie führt nämlich zu der Annahme, daß der Überlebende sein gesamtes Vermögen — also auch sein eigenes! — nur als Fiduziar besitze [2]) und daß die Dritten nur Universalfideikommissare des Erstverstorbenen seien.

Das Vermögen des Überlebenden wird also bereits als Nachlaß behandelt, obwohl es noch gar nicht Gegenstand einer Erbschaft geworden ist. Diese Rechtsidee bezeichnet selbst einer der Vertreter dieser Ansicht [3]) mit Recht als „dunkel und verworren".

Nach der zweiten Ansicht, die in der neueren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis [4]) vertreten und im preußischen Recht [5]) schließlich die herrschende wurde, verfügt jeder Ehegatte nur über sein Vermögen. Und zwar setzt er in erster Linie den andern Ehegatten zu seinem Erben ein, beruft aber für den Fall seines Vorversterbens den Dritten als Nacherben und für den Fall seines Überlebens als Ersatzerben.

Diese Ansicht ist zwar nicht unjuristisch wie die erste, im Gegenteil, sie ist, rein konstruktiv betrachtet, völlig einwandfrei [5]). Aber sie ist ebenso unnatürlich wie die erste. Sie wird der von den Ehegatten gewollten Einheit des Vermögens, nämlich der Nachfolge in den gesamten Nachlaß nicht gerecht. Denn, da der Dritte den Nachlaß aus zwei verschiedenen Berufungsgründen (teils als Nach-, teils als Ersatzerbe) erbt, kann es geschehen, daß er den einen Nachlaß erwirbt, den andern nicht. Diese Ansicht wurde ferner zu einer Quelle vieler Streitfragen.

Wegen aller dieser Unzuträglichkeiten wurde eine weit bessere, fast vergessene dritte Konstruktion begrüßt, als sie im Jahre 1890 vom Reichsgericht zu ersten Male wieder angewendet wurde [6]). Nach dieser verfügt jeder Ehegatte ebenfalls nur über seinen Nachlaß, setzt aber für den Fall, daß er zuerst versterben sollte, den überlebenden Ehegatten und für den Fall, daß er zuletzt

---

[1]) Koch, Preußisches Erbrecht, S. 666 Ba, vgl. auch die bei Löwenwald, S. 71 in Anmerkung 2 und 3 zitierten Schriftsteller und Entscheidungen.

[2]) Vgl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 4, § 257 (S. 484).

[3]) Koch, Preußisches Erbrecht, S. 672 (vgl. Förster-Eccius, § 257, Anmerkung 28).

[4]) Vgl. die bei Planck zu § 2269, Bemerkung II 1 b zitierten Schriftsteller und Entscheidungen.

[5]) Vgl. auch Löwenwald, S. 70.

[6]) Zum ersten Male 1829 in einem Aufsatz von Hesse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz III, S. 250 ff. als Auffassung eines erstinstanzlichen Gerichts erwähnt, so Mattes, S. 67. Anders Löwenwald. S. 70, 71, nach dem sie 1890 zum ersten Male aufgetaucht ist.

versterben sollte, den Dritten als Erben (Letzterben) ein. Der Dritte wird so Erbe allein des Ueberlebenden auf dessen, d. h. den gesamten Nachlaß. (Und zwar auf Grund der Verfügung des überlebenden, was freilich nicht unbestritten ist, vgl. darüber unten § 7.)

Diese Konstruktion wird den Absichten der Parteien in weit höherem Maße gerecht, denn sie bewirkt eine bessere Stellung des überlebenden Ehegatten. Daß sie andererseits nicht alle Streitfragen abschneidet, liegt zum großen Teil im Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes selbst begründet.

Wegen dieser großen Vorzüge hat das BGB. sich für die letztere Ansicht entschieden.

Es bieten sich nach heutigem Recht den Ehegatten im ganzen zwei verschiedene Wege, die Erbfolge der Kinder im gemeinschaftlichen Testament zu regeln; sie seien kurz als die Letzterbfolge (§ 2269) und die Nacherbfolge (§ 2100 ff., 2306) bezeichnet:

1. Maßgebend ist der Gedanke an das Elternvermögen als Ganzes. Der überlebende Ehegatte wird gewöhnlicher Erbe („Ersterbe" nennt ihn F. Leonhard [7]) zum Unterschied vom Letzterben) des erstverstorbenen. Die Kinder erhalten nichts, sollen aber beim Tode des längstlebenden Ehegatten Erben auf den gesamten Nachlaß werden (sogenannte „Letzterben"). Vgl. § 2269, Absatz I. Diese Vorschrift lautet: Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.

2. Maßgebend ist der Gedanke, daß das Elternvermögen aus zwei getrennten Vermögensmassen bestehe. Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe hinsichtlich des Nachlasses des erstversterbenden und die Kinder werden Nacherben hinsichtlich desselben Nachlasses. Das übrige Vermögen des überlebenden erhalten sie als dessen gewöhnliche Erben. (Sogenanntes Berliner Testament [8]).

---

[7]) Zu § 2269, Bemerkung I B.

[8]) Vgl. F. Leonhard zu § 2269, Bemerkung I A und die dort Zitierten. Andererseits bezeichnen manche z. B. Fischer-Henle zu § 2269 mit diesen Namen gerade das Testament des § 2269; wieder andere beide Arten mit demselben Namen, z. B. P. Meyer, Lehrbuch, S. 388, Dernburg Bürgerliches Recht, Bd. V, S. 267, Goldmann, S. 78, 83. Die Herkunftsbezeichnung „Berliner" läßt sich durch nichts erklären, vgl. P. Meyer, S. 388, Anmerkung 4 und die dort Zitierten.

In den gemeinschaftlichen Testamenten des täglichen Lebens wird bald die Letzterbfolge, bald die Nacherbfolge angeordnet. Oft wird aber über die Art der Erbfolge gar nichts gesagt.

Welche Auffassung beim Schweigen des Testamentes als dem regelmäßigen Willen der Erblasser entsprechend anzusehen sei — diese Frage war vor dem 1. Januar 1900 sehr bestritten — ist häufig schwer zu entscheiden[9]). Im großen und ganzen aber dürfte die Auffassung zu 1 eher zutreffen als die zu 2. Denn nur die Letzterbfolge sichert die Einheit des Ehevermögens wie sie den Ehegatten während der Ehe vorschwebt und die sie nach ihrem Tode fortgesetzt zu wissen wünschen. Diese Konstruktion sichert auch dem Überlebenden die erwünschte Selbständigkeit in der Vermögensverfügung gegenüber den Letzterben. Mag auch hierin eine gewisse Gefahr für den Letzterben liegen, so kann doch dieser Gesichtspunkt an der gesetzlich zulässigen Betätigung des Willens der Ehegatten nichts ändern. Die Vorerbeinsetzung andererseits ist auch schon deswegen nicht im Zweifel als gewollt anzusehen, als ihre Hauptwirkung, die Entziehung der erbrechtlichen Verfügungsmacht (durch Einsetzung eines Nacherben), schon durch das gegenseitige Testament erreicht ist.

Diese Erwägungen waren denn auch für den Gesetzgeber des BGB. maßgebend, als er in bewußter Abweichung von der jüngeren gemeinrechtlichen und preußischen Praxis[10]) die Auslegungsregel des § 2269 aufstellte.

§ 4.

Die Bedeutung des § 2269.

Das Gesetz bestimmt in § 2269, im Zweifel sei anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt sei. Mit einem Wort: im Zweifel gilt die Letzterbfolge (nicht die Nacherbfolge). Die hohe Bedeutung dieser Regelung liegt auf der Hand.

Meistens kennen die Erblasser den Unterschied zwischen Letzt- und Nacherbfolge nicht und bestimmen einfach, daß mit ihrem Tode die Kinder den Nachlaß erhalten sollen. Erst mit dem Tode des Erstversterbenden, und sobald dann die Kinder ihren Pflichtteilsanspruch geltend machen, gehen dem Überlebenden die

---

[9]) Über die Auslegung vgl. die bei Maercker, 18. Aufl., Bd. I, S. 320, Anmerkung 2, zitierten Entscheidungen.

[10]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. III, § 97, Anmerkung 9 und Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, § 257, 2.

Augen auf. Hier kann es wohl geschehen, daß die durch § 2269 angeordnete Auslegung den erblasserischen Willen nicht trifft [1]).

Allerdings stellt § 2269 nach fast übereinstimmender Absicht [2]) eine Auslegungsregel und nicht eine Rechtsvermutung dar. Die Entscheidung des Richters steht daher nicht wie es beim Vorliegen einer gesetzlichen Vermutung der Fall wäre, schon von vorneherein fest und könnte nur durch Gegenbeweis entkräftet werden. Vielmehr hat der Richter selbst beim Fehlen jeglichen Beweises mit beiden Möglichkeiten zu rechnen und unter Zuhilfenahme der obersten aller Auslegungsregeln, des § 133, unter Umständen auch der übrigen des BGB, insbesondere der erbrechtlichen, genau zu prüfen ob nicht die eine oder andere von den Erblassern wahrscheinlich gewollt ist.

Die gesetzliche Auslegung soll also nur gelten, sofern nicht aus irgend welchen, auch außertestamentarischen [3]) Äußerungen des Erblassers oder Umständen ein anderer Wille als der im Testament scheinbar niedergelegte hervorgeht. Das Testament kann für die Auslegung des letzten Willens nicht allein maßgebend sein, denn, anders als bei den Verkehrsgeschäften sind auch diejenigen Erklärungen zu berücksichtigen, die die Erblasser nicht mit in das Testament geschrieben haben, sondern die sie dritten mehr oder minder beteiligten Personen gegenüber geäußert haben. Es kommt auch — wieder anders als bei den Verkehrsgeschäften — nicht darauf an, was der Richter oder Laie unter den meist gewählten unklaren Worten: „Unsere Kinder sollen Erben des überlebenden Teils sein“ versteht und was sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157) daraus ergibt, sondern was gerade dieser Erblasser sich dabei gedacht hat. § 157 findet also keine Anwendung, das Willensdogma beherrscht allein das Feld. Kurz: nicht der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, sondern die Gewohnheit des betreffenden Erblassers entscheiden [3]). Wird also auf irgendeine Weise wahrscheinlich gemacht, daß der Erblasser die Nacherbfolge gewollt hat, so gilt diese.

---

[1]) In solchen Fällen fragt sich der Jurist, ob der Gesetzgeber eine glückliche Hand gezeigt hat, als er die gemeinschaftlichen eigenhändigen Testamente zuließ (dies de lege ferenda).

[2]) Dafür Hedemann, S. 227 ff.; Kretzschmar, S. 210; P. Meyer, Lehrbuch, S. 39; Meischeider, S. 543; Planck zu § 2269; F. Leonhard ebd., Bemerkung I c, Maercker, 17. Aufl. S. 189, 18. Aufl. S. 319. Wenn manche wie Goldmann S. 80 und Maercker 18. Aufl. S. 320 trotzdem von einer „Vermutung“ sprechen, so ist dies nach dem übrigen Inhalt ihrer Schriften dennoch nicht im technischen Sinne einer Vermutung zu verstehen; zweifelhaft Friedrichs im Recht 1901, S. 258.

[3]) Vgl. Danz, S. 290.

Aber selbst bei Ausscheidung der Fälle, die nach mehr oder minder genauer Prüfung des Testaments und aller Begleitumstände eine bestimmte Willensrichtung der Erblasser erkennen lassen, bleibt noch ein weiter Raum für die Anwendung der Regel des § 2269 zur Entscheidung der großen Zahl der zweifelhaft gebliebenen Fälle.

§ 5.

Die Stellung des nach § 2269 eingesetzten Dritten (Letzterben).

Oben ist schon angedeutet worden, von wie einschneidender Wirkung die Anordnung der Letzterbfolge einerseits und der Nacherbfolge andererseits für die rechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten wie auch des Dritten (der Kinder) ist.

Ist die Nacherbfolge angeordnet, so unterliegt die Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten als Vorerben nach den Grundsätzen über die Nacherbfolge mannigfachen Beschränkungen (vgl. §§ 2113—35). Das Interesse des Nacherben ist also durch das Gesetz gewahrt. Ja, dieses weicht ihm zuliebe sogar einmal von dem Grundsatz ab, daß nämlich die Abkömmlinge eines Erblassers den Pflichtteil nur dann verlangen können, wenn sie von der Erbfolge ausgeschlossen worden sind (§ 2303). Es gibt ihm, obwohl ein solcher Ausschluß bei der Nacherbeinsetzung nicht vorliegt, doch die Möglichkeit, den Pflichtteil unverkürzt schon vor dem Tode des Vorerben zu verlangen. Nach § 2306 steht dies dem als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten frei, wenn er seinen Nacherbteil rechtzeitig ausgeschlagen hat[1]). Voraussetzung ist, daß der Nacherbteil größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils § 2306. § 2306 lautet:

Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, oder eine Teilungsanordnung beschränkt, oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt. Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.

---

[1]) Vgl. F. Leonhard zu § 2269, Bemerkung II A und die dortzitiert. Entscheidung.

Die Interessen des Nacherben können also unter Umständen die Interessen des Vorerben in recht erheblicher Weise kreuzen.

Viel freier ist die Stellung des überlebenden Ehegatten in dem Falle, daß die Letzterbfolge durch Testament oder Gesetz (§ 2269) angeordnet ist. Der überlebende Ehegatte, kurz: der Ersterbe kann hier über den Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten vollständig frei verfügen. Er ist weder in der Verfügung über Grundstücke noch in Schenkungen irgendwie behindert und für den Nachlaß in keiner Weise verantwortlich[1]).

Ob er in seine Verfügungsgewalt auch zu arglistigen Benachteiligungen des Letzterben gebrauchen darf, ist freilich bestritten. Die Frage wird von den meisten verneint[2]) und die einschlägige Vorschrift über den Erbvertrag entsprechend angewendet, ist aber wohl folgerichtigerweise zu verneinen angesichts des Schweigens des Gesetzes und der den Erblassern gegebenen Möglichkeit, bei der Testamentserrichtung an arglistige Benachteiligungen des Letzterben erbrechtliche Nachteile zu knüpfen[3]).

Den Grund zur Einräumung dieser überaus freien Stellung bildet das Vertrauensverhältnis der Ehegatten zueinander und das natürliche Wohlwollen der Eltern gegenüber ihren Kindern, das keiner rechtlichen Sicherung bedarf. Oft ist auch die Notwendigkeit freier Verfügungsmacht durch die Art der Vermögensinvestierung z. B. im Geschäft oder in Grundstücken von selbst gegeben.

Andererseits aber erheischt vom rechtspolitischen Standpunkt aus in vielen Fällen gerade das Interesse der Letzterben, der Kinder, ernste rechtliche Berücksichtigung. Die nach § 2269 eingesetzten Dritten erhalten mit dem Tode des Erstversterbenden nichts als die Aussicht, dermaleinst beim Tode des Ersterben dessen Erben auf den gesamten Nachlaß zu werden. Eine schöne, angenehme Aussicht für das Kind, das wirtschaftlich stark genug ist, das Warten bis zum Letzterbfalle, der ihnen die Auszahlung des Erbteiles bringt, gemächlich auszuhalten. Eine sehr ungewisse Aussicht, die durch nichts gesichert ist, und die ihm vorläufig und vielleicht Jahrzehnte hindurch nichts bietet, für das wirtschaftlich schwache (des einen Elternteils ohnehin beraubte) Kind. Denn wer könnte z. B. die als Ersterbin eingesetzte Stiefmutter, die

---

[2]) So P. Meyer, Lehrbuch S. 410, Anmerkung 44 a, Goldmann in Gruchot, Bd. 48, S. 81, Planck zu § 2271, Bemerkung VII, F. Leonhard zu § 2269, Bemerkung II A, Staudinger-Herzfelder zu § 2271, Bemerkung VI, RG, Bd. 41, S. 169 f., Bd. 58, S. 65 f., JW 1911, Sp. 985.

[3]) So Wilke zu § 2269, Bemerkung 1 und § 2287, Bemerkung 1, Friedrichs im Recht 1901, S. 258.

sich mit ihren Kindern entzweit hat, hindern, ihr Vermögen nach Belieben zu verkleinern? Wenn sie sich nicht sittlich gebunden fühlt, kann keine Macht der Welt sie veranlassen, sich mit den Zinsen ihres Vermögens zu begnügen und das Kapital nicht anzurühren.

Eine so starke Schlechtstellung des Letzterben zugunsten des Ersterben kann weder im Sinne des im Testament enthaltenen Willens noch in dem des Gesetzes (§ 2269) liegen. —

Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Frage zu beantworten: Hat der Letzterbe einen Pflichtteilsanspruch?

Auf diese Frage soll im folgenden Kapitel eingegangen werden.

2. Kapitel.

Hat der eingesetzte Dritte einen Pflichtteilsanspruch?

§ 6.

Die herrschende Lehre.

Die weitaus herrschende Meinung[1]) wendet denn auch im Falle der Letzterbeinsetzung den Grundsatz des materiellen Noterbrechtes an und billigt dem Letzterben, der ein Abkömmling der Erblasser ist, einen Pflichtteilsanspruch zu. Meines Erachtens mit vollem Recht.

Es bleibt zu untersuchen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruches gegeben sind und ob der Standpunkt der H. M. dem Gesetzesinhalt der geschichtlichen Entwicklung und den Erfordernissen der Billigkeit entspricht.

Gemäß § 2303 Abs. I kann jeder Abkömmling des Erblassers den Pflichtteil verlangen, der durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Meines Erachtens kann kein Zweifel entstehen darüber, daß der Letzterbe von der Erbfolge des erstverstorbenen Elternteils ausgeschlossen ist. Zwar soll ihm nach der Bestimmung des Testaments der Nachlaß des Erstverstorbenen nicht für alle Zeiten entzogen werden, denn er soll ja dereinst mit dem Tode des Ersterben den gesamten Nachlaß erben. Wirtschaftlich betrachtet soll er also nicht für alle Zeiten ausgeschlossen sein. Aber dieser wirtschaftliche Vorteil ist sehr problematischer Natur und dazu vor Eintritt des Letzterbfalls gänzlich

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Aufl. Bd. V, S. 269, Anmerkung 7; P. Meyer, Lehrbuch, S. 389; Kipp, S. 78; Goldmann, a. a. O. S. 75; Friedrichs, a. a. O. S. 258; Mattes, S. 72; Maercker, 18. Aufl. S. 323; Planck zu § 2269. Bemerkung II, 2e; F. Leonhard zu § 2269, Bemerkung IV; Staudinger zu § 2269, Bemerkung III; Wilke zu § 2269, Bemerkung 4; Fischer-Henle zu § 2269, Bemerkung 3.

unverwertbar. (Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt darf, obwohl er für die rechtliche Beurteilung der Frage allerdings nicht allein maßgebend sein kann, dennoch nicht übersehen werden. Sollte einmal die Steuergesetzgebung auch den auf Verfügung von Todeswegen beruhenden Erwerb vom Ehegatten mit einer Erbschaftssteuer belegen, so muß Fürsorge getroffen werden, daß eine Doppelbesteuerung[2]) des Vermögens des Erstverstorbenen, einmal beim Tode des erstversterbenden Ehegatten und dann beim Tode des überlebenden, vermieden wird.) Wie oben ausgeführt, hat der Ersterbe es völlig in der Hand, den vom Zuerstverstorbenen herrührenden Nachlaß zu verkleinern oder gar verschwinden zu lassen; eben mangels jeder rechtlichen Sicherheit findet der Letzterbe, der etwa nötig Geld braucht, niemand, der ihm diesen „wirtschaftlichen Wert" abnehmen kann oder ihm etwas darauf leiht. Denn diese Anwartschaft ist weder übertragbar oder auch nur vererblich (§§ 312, 2108 II, 2371, hinsichtlich der Vererblichkeit vgl. aber § 2069). Wogegen der Nacherbe (auch schon vor dem Nacherbfalle) den in seinem Anwartschaftsrechte begründeten Anspruch — nach Ansicht mancher sogar das Anwartschaftsrecht selbst — veräußern oder belasten kann[3]). Irgendeine rechtliche Sicherung zugunsten des Letzterben läge auch gar nicht im Sinne des gemeinschaftlichen Testaments. Denn der Ersterbe soll ja kraft des Vertrauens, das ihm der andere Ehegatte entgegengebracht hat, freier Erbe (eben nicht bloßer Vorerbe) sein, und der Letzterbe soll ja nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2269 auf den gesamten Nachlaß Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten sein. Wenn er aber für den gesamten Nachlaß Erbe des Zuletztversterbenden sein soll, dann kann er nicht auch Erbe des Zuerstverstorbenen sein, vielmehr ist er von dessen Erbfolge ausgeschlossen; dies ergibt sich schon unmittelbar aus § 2269[4]). § 2303 trifft also zu.

Diese Ansicht ist denn auch nur selten ernstlich bestritten worden. Sie galt auch schon in der Theorie und Praxis des preußischen Rechts als richtig[5]).

Bedenken könnten immerhin nach der Richtung hin entstehen, daß es nicht ohne weiteres angängig erscheint, den aus dem römischen Recht stammenden Grundsatz des § 2303 so leichthin auf ein rein deutschrechtliches Institut wie das gemein-

---

[2]) Vgl. hierzu Mattes, S. 75.

[3]) Vgl. Kipp, S. 244 und Anmerkung 2.

[4]) Was Kanoldt (S. 13) freilich bestreitet. Darüber unten § 5.

[5]) Vgl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. IV, § 257, Anmerkung 46 und die dort zitierte Entscheidung des Obertribunals.

schaftliche Testament anzuwenden. Allein, wenn man erwägt, daß die rechtlichen Verhältnisse, aus denen heraus solche Testamente im alten deutschen Rechte entstanden und denen zu dienen sie bestimmt waren, heute andere geworden sind, daß insbesondere die familienrechtliche Gütergemeinschaft im alten deutschen Recht den Regelfall bildend, heute zur Ausnahme geworden ist — wir uns also dem praktischeren römischen Dotalrecht mit seiner Geschiedenheit der Gütermassen genähert haben —, so brauchen wir keineswegs davor zurückzuschrecken, dem veränderten Wirtschaftsleben entsprechend, auf das gemeinschaftliche Testament veränderte Rechtssätze anzuwenden. Dies vielleicht gerade in historischer Konsequenz.

Die H. M. erscheint endlich auch als durchaus zweckmäßig. Dem Interesse des überlebenden Elternteils steht das der Kinder gegenüber. Welches hat nun mehr Berechtigung für sich, welches soll das Gesetz stärker wahren?

Diese Frage müßte, wie leicht zu erkennen ist, für jeden einzelnen Fall einzeln beantwortet werden, da die Fälle sehr verschiedenartig liegen. Während es in einem Falle als „richtiges Recht" erscheint, daß der überlebende Elternteil dem Kinde zu dessen Existenz den ganzen Erbteil herausgebe, was ihm wirtschaftlich leicht genug fiele, kann umgekehrt im andern Falle — summum ius, summa iniuria — schon das bloße Pflichtteilverlangen als unbillig oder gar sittenwidrig erscheinen[6]). Im Regelfalle freilich ist das als Letzterbe eingesetzte Kind durch das gegenseitige Testament nicht so vollständig aufs Trockene gesetzt, wie es scheinen möchte. Denn das Kind hat ja noch den Unterhaltsanspruch gegen den überlebenden Elternteil. Aber dieser Anspruch verschafft ihm insbesondere bei starker Selbstsucht oder Böswilligkeit des Überlebenden doch nur das Notwendige zum Leben. Er versagt zudem völlig, wenn der Überlebende Stiefvater oder -mutter ist (§ 1601).

Das Gesetz kann eben nicht jedem einzelnen Fall gerecht werden. Diesem soll der betreffende Erblasser Rechnung tragen, der die Verhältnisse am besten kennt. Aber das Gesetz kann eine äußerste Grenze des Rechten nach oben und unten ziehen und so den gröbsten Übelständen abhelfen. Diese sind hier: gänzliche Mißachtung der Kindesinteressen auf der einen Seite (das Kind hat überhaupt kein Recht, sondern lediglich ungewisse Aussicht), erhebliche Schädigung des überlebenden Ehegatten auf der andern Seite (das Kind hat Erbschaftsanspruch).

---

[6]) Ein Beispiel für solchen (wohl seltenen) Fall bringt v. Blödau im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 7, S. 490.

§ 7.

Die Gegenmeinung.

Nach der Gegenmeinung hat der nach § 2269 eingesetzte Letzterbe keinen Pflichtteilsanspruch.

Diese Ansicht wird, soweit sich übersehen läßt, seit dem Zustandekommen des BGB. nur in einer Dissertation des Rechtsanwalts Kanoldt vertreten. Ihm nähert sich zwar etwas Kößler, der den Pflichtteilsanspruch nur bedingt zulassen will, nämlich erst nach vorangegangener Ausschlagung des Erbteils (s. u. § 15), so daß nach Verjährung der Ausschlagungsfrist keine Möglichkeit für den Letzterben mehr vorhanden wäre, den Pflichtteilsanspruch zu erlangen. Aber nach dieser Ansicht ist doch dem Abkömmling nicht von vornherein jede Möglichkeit genommen, den Pflichtteilsanspruch und damit den Pflichtteil zu erhalten. Wogegen Kanoldt viel weiter geht und jede solche Möglichkeit radikal ausschließen will. Kanoldts Ansicht wird bisher von keinem andern vertreten. Seine Ausführungen haben indes so erhebliche wissenschaftliche Bedeutung und auch manches Überzeugende für sich, daß es nicht unterlassen werden darf, sie eingehend zu würdigen.

Welche Gründe sprechen für Kanoldts Ansicht?

Wie oben schon angedeutet, könnte die H. M. allerdings in einem Punkte zu Bedenken Anlaß geben: dies ist der Zwiespalt zwischen der rechtlichen und wirtschaftlichen Natur der letztwilligen Vermögenszuwendung seitens des Erstverstorbenen an den Letzterben. Erhält doch der Letzterbe schließlich beim Ableben des Ersterben den gesamten Nachlaß und wird so wirtschaftlich auch „Erbe" des Erstverstorbenen[1]). Kann man in Anbetracht dieses Umstandes noch von einem „Ausgeschlossensein" sprechen?

Hierauf ist zunächst zu entgegnen, daß der Wortlaut des Gesetzes (§ 2269 I: der Dritte wird Erbe allein des zuletzt versterbenden Ehegatten — eben anders als bei der Nacherbfolge, wobei er Erbe des erstversterbenden wird —) dieser Auffassung klar und deutlich widerspricht. Der Wortlaut kann indes nicht allein entscheidend sein. Aber auch, wenn man den Zusammenhang von Recht und Wirtschaft im Sinne der gegnerischen Lehre genau geprüft und ihm entscheidendes Gewicht beilegt, muß man doch zur Ablehnung der Gegenansicht kommen im Hinblick darauf, daß die Anwartschaft des Letzterben, wie schon mehrfach betont, nicht einmal einen sicheren wirtschaftlichen Wert darstellt.

---

[1]) Vgl. Kanoldt, S. 20.

1. Kanoldt sucht seine Ansicht vom Standpunkt der Gesamtaktstheorie[2]) zu verteidigen. Er bekämpft zunächst die Ansicht des Reichsgerichts[3]), wonach bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments jeder Ehegatte seine Verfügung für den Fall getroffen hat, daß er selbst der Überlebende sein werde und sucht nachzuweisen, daß, anstatt die im gemeinschaftlichen Testament getroffene Disposition in zwei Einzelverfügungen aufzulösen, es richtiger sei, von einer einzigen Verfügung, vorgenommen von den Ehegatten in gesamter Hand, zu sprechen. Erkenne man aber dies als richtig an, so müsse man weiter schließen, daß die Kinder von beiden Ehegatten — rechtlich zwar nicht als Erben, sondern bloß — als Letzterben eingesetzt, mithin von dem Erstverstorbenen nicht „ausgeschlossen" seien. Ein Pflichtteilsrecht nach § 2330 stehe ihnen daher nicht zu.

Es fragt sich, ob dieser Beweisführung zuzustimmen ist. Kanoldt legt ihr die Gesamtverfügungstheorie zu Grunde.

Nach dieser verfügt nicht jeder Ehegatte über sein Vermögen für den Fall, daß er selbst der Längstlebende sein werde und die Kinder seine Erben werden, für den Fall aber, daß er zuerst versterben werde, der andere Ehegatte sein Erbe werde (so RG.[4]) und H. M. Dieser Auffassung läge also als Hauptgedanke die gegenseitige Erbeinsetzung mit Ausschluß der Kinder zu Grunde[5]). Vielmehr verfügen beide Ehegatten gleichzeitig und in gesamter Hand über das beiderseitige Vermögen, so daß die Kinder, zwar auch Erben erst des Zweitversterbenden werden, aber nicht bloß auf Grund der Verfügung des Zweitverstorbenen, sondern beider Ehegatten. Die Folge wäre nach Kanoldt, daß die Kinder von der Erbfolge des Erstverstorbenen nicht ausgeschlossen seien.

Im folgenden soll die Gesamtverfügungstheorie näher untersucht werden.

Der Begriff des Gesamtaktes ist zuerst von Kuntze[6]) ins Licht gerückt, dann von Güthe[7]) aufgenommen worden und hat eingehende historische Untersuchung und Befürwortung bei P. Meyer[8]) gefunden. Nach P. Meyer wird die Theorie von der Einzelverfügung weder der geschichtlichen Entwicklung des gemeinschaftlichen Testaments noch der Auffassung der Ehegatten

---

[2]) Vgl. Kanoldt, S. 18—22.

[3]) Bd. 38, S. 214ff.; Kanoldt, S. 6.

[4]) Bd. 27, S. 50; Bd. 38, S. 214.

[5]) Vgl. Kanoldt, S. 6.

[6]) In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller 1892, S. 29 ff.

[7]) S. 41 ff.

[8]) Lehrbuch S. 392, Anmerkung 14 und 15, das gemeinschaftliche Testament, S. 32 ff.

bei der Errichtung gerecht. Auszugehen sei von der alten deutschen Gütergemeinschaft, dem das gemeinschaftliche Testament seinen Ursprung verdanke. So wie die in diesem Güterrechtssysteme lebenden Eheleute, geleitet von dem Gedanken an die Einheit ihres Vermögens zu Lebzeiten über ihr Ehevermögen gesamthänderisch zu verfügen pflegen, so wollen sie auch für den Fall, daß einer stirbt, eine einheitliche Rechtswirkung erzielen. Es komme den Eheleuten eben nicht darauf an, zwei gesonderte Verfügungen zu errichten, sondern sie wollen in einem Testamente eine gemeinschaftliche Verfügung im Gesamtakte schaffen, kraft deren ihr gesamtes Vermögen auf den Überlebenden übergehen und nach dessen Tode an die Kinder fallen solle. Sei auch heute die Gütergemeinschaft nicht mehr das regelmäßige Rechtssystem, in dem die Ehegatten leben, so sei doch der ihr zu Grunde liegende Gedanke der Vermögenseinheit wenigstens für den Fall des Todes nicht untergegangen und liege insbesondere im Falle des § 2209 der letztwilligen Verfügung der Ehegatten zu Grunde.

Außer bei den Genannten hat die Gesamtverfügungstheorie Anerkennung gefunden bei Kiß[9]): die Ehegatten betrachten, gleichviel in welchem Güterrecht sie ihr Leben zubrachten, ihr Güterrecht für den Todesfall als eine „Gütergemeinschaft von Todeswegen", v. Jakubezky[10]) und Dernburg[11]). Dieselbe Theorie liegt zu Grunde einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts[12]), der von Henle[13]) hohen wissenschaftlichen Rang und Wert beimißt, ähnlich Weißler[14]).

So historisch richtig die Gesamtverfügungstheorie sonst scheint, so kommt sie doch über einen Punkt nicht hinweg. Sie läuft nämlich dem fundamentalen erbrechtlichen Grundsatze des § 2064 BGB. zuwider, wonach jeder Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann. Das Wesen des testamentarischen Gesamtaktes besteht nun gerade darin, daß jeder Erblasser über das Vermögen des anderen mitverfügt.

Zwar waren dem römischen Rechte, wie P. Meyer[15]) ausführt, solche Ausnahmen wohlbekannt: Der paterfamilias konnte dem in seiner Gewalt befindlichen impubes für den Fall Erben ernennen, daß das Hauskind zwar nach dem Testator aber

---

9) S. 175 ff., S. 183 insbesondere.
10) S. 319 ff.
11) Bürgerliches Recht, Bd. V, § 94, II, 2.
12) In Deutsche Juristenzeitung 1904, Spalte 303.
13) Ebendaselbst, Spalte 305.
14) In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1904, Spalte 289.
15) Lehrbuch S. 392, Anmerkung 15.

noch intra pubertatem versterben sollte (Pupillarsubstitution). Ebenso konnte der Aszendent (auch ohne patria potestas) dem geisteskranken Deszendenten diesem für den Fall Erben ernennen, daß der Deszendent im Zustande der Geisteskrankheit versterben sollte (Quasipupillarsubstitution)[16]. Gerade so wie diese beiden Rechtseinrichtungen wohlberechtigte Ausnahmen gewesen seien im Hinblick auf die eigentümlich römisch-rechtlichen Verhältnisse, finde die Stellvertretung beim gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten ihre Berechtigung im Hinblick auf die echt deutsche Sitte, daß die Ehegatten ihr Vermögen als einheitliches behandeln, gleichviel in welchem Güterrecht sie leben.

Bei diesem Vergleich stellen sich aber auch gewichtige Unterschiede heraus, die nicht übersehen werden dürfen. Die erhabene Rechtsstellung des römischen Hausvaters über seinem Kinde brachte das Recht des Testierers für das Kind von selbst mit sich. Die deutsche Sitte kann doch aber bei den ganz anders gearteten Verhältnis zwischen Mann und Weib dem Manne nicht dasselbe Recht verleihen. Außerdem sollte die römische Substitution die fehlende Nacherbfolge (semel heres, semper heres) ersetzen. Auf diese beiden Punkte weist F. Leonhard[17]) hin. Dazu kommt noch: die beiden erwähnten römischen Ausnahmen waren durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift[18]) zugelassen. Im ganzen BGB. ist aber nicht eine einzige Ausnahme von dem Grundsatze des persönlichen Testierens zu finden. Daraus, daß in das BGB. solche Ausnahmen nicht, vielmehr nur der Grundsatz des § 2064 aufgenommen worden ist, schließt Wohlfarth[19]) meines Erachtens mit Recht, daß das heutige Recht keine Ausnahmen zulasse. In demselben Sinne äußert sich Sohm[20]). Hätte der Gesetzgeber eine Durchbrechung des Grundsatzes des § 2064 überhaupt zulassen wollen, so hätte es meines Erachtens näher gelegen, dem gesetzlichen Vertreter die Vertretung seines Mündels bei der Testierung — etwa bis zum 16. Jahre des Mündels und nach erfolgter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — bzw. des Geisteskranken zu überlassen.

Die Gesamtverfügungstheorie wird denn auch von den meisten abgelehnt. So von Kipp[21]), der eine „Mitverfügung"

---

16) Vgl. Czyhlarz, S. 293—94; Sohm, S. 703, Anmerkung 4; F. Leonhard bei Birkmeyer, S. 175.

17) Zu § 2269 I B.

18) Dig. 28, 6 de vulg. et pupill. substit. Ebenso im Preußischen Recht; A. L. R. II, 1, § 521—554.

19) S. 42, Anmerkung 14.

20) § 113, Anmerkung 4.

21) S. 78, Anmerkung 3.

nicht für zulässig hält, Strohal[22]), der es für zu weitgehend hält, von einer Einheitlichkeit des Errichtungsaktes zu reden, wie erwähnt F. Leonhard und Wohlfahrt.

Aber auch den Vertretern der Gesamtverfügungstheorie, außer Kanoldt, dürfte der Schluß, den K. aus ihr zieht, als zu weitgehend erscheinen. Es ist auch keineswegs anzunehmen, daß sie K. auf das Gebiet des Pflichtteilsrechtes Gefolgschaft leisten werden. Denn — mögen die Kinder Erben werden auf Grund der Verfügung des Ueberlebenden allein oder beider Ehegatten — soviel steht fest, daß sie gegen den Ueberlebenden nicht den geringsten Anspruch darauf haben, daß beim Tode des Ueberlebenden noch etwas vom Nachlasse des Erstverstorbenen vorhanden ist. Dieser Umstand ist wohl auch für Dernburg[23]) maßgebend gewesen, der, obwohl der Meinung, daß die Berufung des dritten „auf gemeinsamer Anordnung der Gatten beruhe, dennoch den Dritten von der Erbfolge des Erstverstorbenen für ausgeschlossen hält und ihm daher einen Pflichtteilsanspruch nach § 2303 zubilligt. Was Kanoldt freilich — nicht ganz mit Unrecht — als einen Widerspruch bezeichnet. Indessen ist es Sache der Anhänger der Gesamtverfügungstheorie, sich mit diesem Widerspruche abzufinden. —

2. Der zweite Hauptgrund, den Kanoldt für seine Ansicht geltend macht, ist der Hinweis auf den wirtschaftlichen Zweck des gemeinschaftlichen Testaments. Das Testament soll dem überlebenden Ehegatten die weitere Existenz in gleicher Weise ermöglichen wie vor dem Tode des Erstversterbenden. Dieser Zweck würde aber, meint K., in vielen Fällen vereitelt werden, wenn alle Kinder ihr Pflichtteilsrecht geltend machen. Damit würde dann in den meisten Fällen zugleich mit der Existenz des überlebenden Elternteils die der ganzen Familie in Frage gestellt werden.

Darauf ist zu erwidern: Gewiß können solche Fälle vorkommen. Aber daß sie im Leben häufig oder gar in der Mehrzahl sind, dürfte doch schwer nachweisbar sein. Bei friedlichen Verhältnissen — die doch wohl die Regel bilden — kann die Auseinandersetzung des überlebenden Elternteils mit den Pflichtteilsberechtigten nicht gar so schwer sein. Besonders häufig sind solche Abfindungsverträge — Erlaß nach § 397 — zur Vermeidung der Zersplitterung von Grundbesitz. (Im Interesse der Erhaltung ihres Großgrundbesitzes sind gewisse ritterschaftliche Familien überhaupt nicht durch gesetzliches Pflichtteilsrecht beschränkt, sondern

[22]) Bd. I, § 43, Anmerkung 2.

[23]) § 942 im Text und Anmerkung 7.

besitzen vollkommene Testierfreiheit)[24]. Der Pflichtteilsberechtigle, der doch wohl weiß, daß sein Pflichtteil kleiner ist als der voraussichtliche Erbteil, wird sich selbst bei mangelndem Vertrauen gegenüber dem Überlebenden mit einer gewissen Sicherstellung des künftig zu erwartenden Erbteils seitens des Überlebenden begnügen. Sollte indes der Überlebende gar keines Vertrauens würdig sein, so daß voraussichtlich der Erbteil kleiner als die Pflichtteilssumme ausfallen oder überhaupt kein Erbteil zur Hinterlassung kommen dürfte, so ist es nur recht und billig, daß dem Letzterben beim Tode des Erstversterbenden ein Pflichtteilsanspruch auf dessen Nachlaß gegeben ist.

Der wirtschaftliche Zweck des gemeinschaftlichen Testaments darf gewiß nicht außer acht gelassen werden; er verdient große Beachtung bei der Auslegung des Testamentes. Aber es erscheint doch fraglich, ob bei seiner Durchführung alle und jede Rücksicht auf die Interessen der Abkömmlinge (die meistens den „Dritten“ im § 2269 darstellen) fallen gelassen werden darf. Kanoldt stellt das Interesse des überlebenden Ehegatten so hoch, daß es allen anderen vorgehen müsse und verfemt daher den Pflichtteilsanspruch, Auf der anderen Seite verschließt er völlig die Augen vor einem ebenso möglichen und dringenden Interesse des pflichtteilsberechtigten Dritten. Hierin liegt der Hauptfehler seiner Beweisführung.

Oft ist es doch so, daß für die Kinder der Zeitpunkt, wirtschaftlich selbständig zu werden, gerade in der Zeit liegt, wo nur noch ein Ehegatte am Leben ist. Nicht selten ermöglicht ihnen da erst der Pflichtteilsanspruch die Begründung einer selbständigen Lebensstellung oder wenigstens größerer wirtschaftlicher Entfaltung. Sollte es im Willen des Erstverstorbenen liegen, seinen Sohn solange „eigen Feuer und Rauch“, seine Tochter die ersehnte Heirat entbehren zu lassen? Wenn das der wirtschaftliche Zweck der letztwilligen Verfügung sein soll: dem Überlebenden die gleichmäßige Fortsetzung des Erwerbs unter allen Umständen und ungeschmälert zu sichern, so ist für so außergewöhnliche Verhältnisse das außergewöhnliche Institut der fortgesetzten Gütergemeinschaft[25]) am Platze. Haben die Ehegatten in Gütergemeinschaft gelebt, und wird diese beim Tode des einen zwischen dem Überlebenden und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt, so ist hier allerdings ein Pflichtteilsanspruch unbestritten ausgeschlossen, da

---

[24]) Vgl. EG. zum BGB. Art. 216 und Preußische Kabinettsorder vom 16. I. 1836 und die Verordnung vom 21. I. 1837 (besonders wichtig für Rheinprovinz).

[25]) §§ 1483—1518.

der Anteil des Erstverstorbenen am gemeinschaftlichen Vermögen der Ehegatten überhaupt nicht zum Nachlasse gehört, § 1483.

Tatsächlich dient die fortgesetzte Gütergemeinschaft in vielen Fällen dazu, den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge illusorisch zu machen. „Sie beugt einer vorzeitigen Aufteilung des Gesamtgutes (einer „Schichtung" der Kinder) vor, die sonst schon mit dem Tode eines Elternteils eintreten müßte, und dient so der zeitweiligen Erhaltung eines Hausvermögens"[26].

Der überlebende Ehegatte ist bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft in der Verwaltung des Gesamtgutes nicht unbeschränkt: zu Verfügungen über Grundstücke, Schenkungen und Übertragsverträgen[27]) bedarf er der Zustimmung der Abkömmlinge, während der gemäß § 2269 eingesetzte Ersterbe völlig freie Verfügungsmacht hat. Sollte das durch gemeinschaftliches Testament eingesetzte Kind eine schlechtere Rechtsstellung haben als das in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende? Das kann nicht angenommen werden.

3. Der dritte Grund, den Kanoldt gegen das Vorhandensein eines Pflichtteilsanspruches nach § 2303 geltend macht, ist der folgende: Verlangt und erhält einer der Letzterben den Pflichtteil, so steht er sich dadurch besser als die übrigen Letzterben, die den Pflichtteil nicht verlangen. Denn zunächst hat er schon zu Lebzeiten des Ersterben den Zinsgenuß der Pflichtteilssumme und, stirbt der Ersterbe, so kann ihm der erhaltene Pflichtteil (mangels einer dahin gehenden testamentarischen Verfügung) auch nicht etwa auf den Erbteil angerechnet werden[28]), sondern er erhält gleich den übrigen Letzterben laut Testament den vollen Erbteil vom Gesamtnachlasse. F. Leonhard[29]) bringt hierzu ein anschauliches Beispiel: Ehegatten haben ihren einzigen Sohn und einen Neffen zu Erben eingesetzt. Der Sohn verlangt den Pflichtteil und erhält so den halben Nachlaß des Erstverstorbenen, beim Tode des Überlebenden erhält er vom Gesamtnachlasse noch einmal die Hälfte, während der Neffe, der doch mit dem Sohn zu gleichen Teilen eingesetzt worden war, nur die andere Hälfte vom Gesamtnachlasse erhält. Diese Bevorzugung kann aber unmöglich vom Erblasser gewollt sein, auch nicht im Sinne des Gesetzes liegen, folglich — so schließt Kanoldt — soll der Letzterbe *überhaupt keinen* Pflichtteilsanspruch haben.

---

[26]) So Wolff (Enneccerus, Kipp und Wolff), Familienrecht S. 241.

[27]) §§ 1487, I, 1445/46, Wolff, S. 246.

[28]) Siehe darüber unter § 8.

[29]) Vgl. zu § 2269, Bemerkung IV. Vgl. auch die Beispiele, die Kanoldt S. 10 und 11 bringt.

Liegt auch in der Bevorzugung des pflichtteilerhaltenden Letzterben ein großer Übelstand, der genauer Beachtung wert ist, so erscheint doch das Mittel, das Kanoldt zur Beseitigung vorschlägt, als zu radikal. K. schüttet das Kind mit dem Bade aus.

Nach der H. M.[30]) „riskiert" der Letzterbe, der den Pflichtteil fordert, allerdings „kaum etwas dabei"[31]). Im Gegenteil, er steht sich besser als seine Geschwister, denn die Tatsache, daß er schon den Pflichtteil aus dem Vermögen des Erstverstorbenen erhalten hat, bleibt ja, wie erwähnt, bei der einstigen Auseinandersetzung unberücksichtigt! Die Geschwister, die den Pflichtteil nicht fordern, können auch nicht unter allen Umständen, selbst wenn sie wollten, eine Gleichstellung mit dem Pflichtteilfordernden erstreben. Denn, wenn dieser skrupellos genug ist, so wird er seinen Pflichtteilsanspruch in einer solchen Weise geltend machen, daß seine Mitgeschwister ihm seine Handlungsweise nicht nachmachen können, nämlich erst an einem der letzten Tage der Verjährungsfrist. Auch wird er schon von vornherein nicht eher mit der Geltendmachung seines Anspruches hervortreten, als bis der Überlebende die Erbschaft angenommen hat und damit die Letzterbeinsetzung unwiderruflich geworden ist[32]). Es ist klar, daß eine solche Begünstigung des skrupellosesten unter den Letzterben nicht im Sinne einer Auslegungsregel liegen kann. Auf dem oben bezeichneten Wege ist daher der H. M. allerdings **nicht** zu folgen.

Kanoldt hat sicherlich recht, wenn er sagt, daß eine Prämiierung des pflichtteilfordernden Letzterben vor den übrigen[33]), die den letzten Willen respektieren, vom Erblasser unmöglich gewollt sein könne. Mit Recht warnt auch F. Leonhard[34]) davor, aus der Konstruktion des Gesetzes Schlüsse zu ziehen, die mit seinen Zwecken in offensichtlichem Mißklang stehen. Rein logisch betrachtet, scheint zwar jedem pflichtteilsberechtigten Letzterben der Pflichtteils- und der volle Erbanspruch zugebilligt werden zu müssen. Dafür spricht auch der Grundsatz: qui iure suo utitur, neminem laedit. Es darf jedoch niemals übersehen werden, daß

---

[30]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. V, S. 269, Anmerkung 7; P. Meyer, Lehrbuch S. 389, Anmerkung 10; Kipp, S. 79; Maercker, Bd. I, S. 323 (18. Aufl.); Planck-Unzner zu § 2269, Bemerkung II, 2, e (für den Regelfall); Staudinger-Herzfelder zu § 2269, Bemerkung 3, Wilke ebd. Bemerkung 4.

[31]) P. Meyer, Lehrbuch S. 389, Anmerkung 10, Weißler, Formularbuch, 11. Aufl., S. 301 f.

[32]) Auf diese beiden Punkte weist Mattes, S. 72, 73 hin.

[33]) Von dem selteneren Falle, daß nur **ein** Letzterbe vorhanden ist, sei abgesehen. In diesem Falle dürfte das Ergebnis der H. M. erträglich sein. Vgl. auch Kößler, Sp. 1181.

[34]) Zu § 2269, Bemerkung IV.

§ 2269 nur Auslegungsregel ist, die also den mutmaßlichen Willen des Erblassers treffen soll. Und solange es suprema lex des testamentsauslegenden Juristen ist, in erster Linie den Willen des Erblassers zu ermitteln, kann diese einseitige Argumentation nicht befriedigen. Vor einer formalen Handhabung muß sich besonders der testamentsauslegende Jurist hüten. Der Erblasser kann nun einmal nicht einen Preis auf das Verlangen des Pflichtteils haben setzen wollen. Es muß deshalb die richterliche Auslegung dem Erblasser zu Hilfe kommen[35]).

§ 8.

Überblick über die vermittelnden Ansichten.

Nach der H. M. hat der Letzterbe gemäß § 2303 unter allen Umständen einen Pflichtteilsanspruch; nach der Gegenansicht hat er ihn niemals. Sollte es nicht zwischen diesen beiden extremen Ansichten eine goldene Mittelansicht geben, die den Zweck und die Bedeutung des gemeinschaftlichen Testaments hinreichend würdigt, ohne deshalb das Interesse des Letzterben gänzlich außer acht zu lassen?

Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, der Unbilligkeit des Ergebnisses der H. M. und somit der H. M. selbst entgegenzutreten. Die Mannigfaltigkeit der Vorschläge zeigt, wie viele Möglichkeiten vorhanden sind, einem dem Zwecke des § 2269 widerstreitenden Ergebnisse auszuweichen. Aus der mehrfachen Aufstellung neuer Vorschläge erhellt aber auch, wie wenig zufriedenstellend die bisher aufgestellten dem Urheber jedes neuen Vorschlags erschienen.

Soweit sich übersehen läßt, hat die Praxis zu dieser schwierigen Frage sich nur in einem einzigen Falle geäußert. Dagegen liegen aus der Literatur eine Reihe von Meinungen vor, nämlich von Maercker, Jastrow Kößler, Mattes, Goldmann, F. Leonhard, Koch, Förster, Eccius, Rehbein. Abgesehen von den ersten beiden stimmen alle darin überein, daß dem Letzterben ein Pflichtteilsanspruch zustehe, daß er aber, sobald er ihn geltend mache — auch wenn das Testament diesen Fall nicht besonders vorsieht — dadurch sein Nachfolgerecht aus dem gemeinschaftlichen Testament verliere bzw. aufs Spiel setze.

---

[35]) Danz, S. 283.

3. Kapitel.

Welchen Einfluß hat die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches auf die Einsetzung?

A. Die herrschende Meinung.

§ 9.

Die in Theorie und Praxis herrschende Meinung geht, wie in § 7 bereits erwähnt, dahin, daß die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches überhaupt keinen Einfluß auf die Letzterbeinsetzung habe. Zwar sei die Bevorzugung des pflichtteilerhaltenden Dritten ein nicht zu verkennender Übelstand. Insbesondere, weil sie einen von den Erblassern nicht gewollten Antrieb zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches bilde. Allein, nach geltendem Rechte müsse diese Konsequenz des § 2269 eben hingenommen werden. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, nicht aber des Gesetzauslegenden, hier helfend einzugreifen. Indem ein Abkömmling den Pflichtteil verlange, lasse er die von dem Erstverstorbenen getroffene Einsetzung des Ersterben völlig unberührt; er mache vielmehr nur ein ihm für diesen Fall gesetzlich zustehendes Recht geltend[1]).

Es sei zwar wohl möglich, daß die Erblasser den pflichtteilfordernden Dritten nicht als Letzterben haben wollten. Aber dieser Wille sei doch keineswegs sicher. Möglicherweise sei er bloß auf Anrechnung des Erhaltenen gerichtet.

Haben aber die Erblasser an den Fall des Pflichtteilforderns überhaupt nicht gedacht, so müsse das Testament, also auch die Letzterbeinsetzung ihre Gültigkeit behalten.

---

[1]) Vgl. insbesondere Planck, zu § 2269, Bemerkung II 2 e, Abs. 1.

B. Die Gegenansichten.

I. Nach Bestimmungen der Erblasser.

§ 10.

1. Anrechnung (Maercker-Köhne-Feist).

Es ist in § 7 gezeigt worden, daß der in den §§ 7 und 9 dargelegten herrschenden Meinung nicht zugestimmt werden kann. Es ist gezeigt worden, daß es vielmehr unentbehrlich ist, den pflichtteilfordernden Abkömmling an seinen Rechten aus dem Testamente zu verkürzen.

In diesem Kapitel soll nun untersucht werden, in welcher Weise diese Verkürzung nach den Ansichten der in § 8 Genannnten stattfinden soll, und welche von diesen Ansichten den Vorzug verdient.

Die Beantwortung dieser Frage gestaltet sich am einfachsten, wenn die Erblasser den Fall des Pflichtteilforderns im Testamente selbst vorgesehen haben und eine diesen Fall regelnde Bestimmung in das Testament aufgenommen haben. Aber schon die Vornahme dieser Regelung bietet Schwierigkeiten.

In manchen Testamenten findet sich eine dahingehende Bestimmung z. B. dieser Art: „Die Bevorzugung eines pflichtteilfordernden Kindes soll unter keinen Umständen stattfinden", oder: „Das Kind, welches nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil fordert, soll von der Erbfolge des Zweitversterbenden ausgeschlossen sein", oder, was dasselbe ist: „Das pflichtteilfordernde Kind soll nach dem Tode des Zweitversterbenden auf den Pflichtteil gesetzt werden."

Eine solche Regelung scheint geeignet, alle Schwierigkeiten hinsichtlich der Verteilung des Nachlasses aus dem Wege zu räumen und klare Verhältnisse zu schaffen.

Dem ist aber nicht so. Denn sofort erheben sich Fragen: Wie soll diese Bevorzugung vermieden werden? Etwa durch Anrechnung des Erhaltenen? Wie soll diese Anrechnung stattfinden, auf welchen Nachlaß? Soll das Nachfolgerecht entweder ganz, bloß teilweise oder gar nicht bestehen bleiben?

Alle diese Fragen müßten schon im Testamente mit vorgesehen und beantwortet sein. Eine alle Zweifel abschneidende Regelung dieses Punktes ist, wie man sieht, keineswegs einfach. Sie stellt dem mit der Anfertigung eines gemeinschaftlichen Testamentes betrauten Juristen erhebliche Aufgaben.

Maercker-Köhne-Feist [2]) suchen diese durch ihren Vorschlag zu erleichtern. Sie raten[3]), im Testamente anzuordnen, daß der befriedigte Pflichtteilsberechtigte sich das Erhaltene nach dem Tode des Zweitversterbenden auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse. Für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte damit nicht zufrieden sei, sei weiter anzuordnen, daß er sich in diesem Falle nach dem Tode des Längstlebenden mit dem Pflichtteil begnügen müsse. Da erhebt sich die Frage, von welchem Vermögen dieser zweite Pflichtteil zu berechnen sei, von dem Gesamtnachlaß beider Eltern oder nur von dem Vermögen des Zweitverstorbenen, so wie es beim Tode des Erstverstorbenen vorhanden war. Die Beantwortung dieser Frage ist bestritten. Maercker-Köhne-Feist, (17. und frühere Auflag.) antworten, zu Grunde zu legen sei das Vermögen des Überlebenden, denn nach § 2269, I, gelte der Gesamtnachlaß als Einheit nur für den, an den er nach der Anordnung des Testamentes falle. Goldmann [4]) (und nach ihm Kößler [5])) widerlegt diese Ansicht mit Recht: Maerckers Standpunkt läge allerdings nahe, denn der Letzterbe habe ja seinen Pflichtteil aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen bereits empfangen, eine Berechnung scheine daher nur von dem Vermögen des Überlebenden angebracht. Allein, es sei unrichtig, nach dem Tode des Erstverstorbenen noch mit dessen Nachlaß zu operieren, denn dieser sei ja rechtlich als Vermögenseinheit nicht mehr vorhanden. Er bilde ja nach der dem § 2269 zu Grunde liegenden Auffassung mit diesem eine feste Einheit (nicht bloß für den, an den er später bestimmungsgemäß falle, sondern für alle Letzterben), die nicht getrennt werden dürfe. Es sei auch für den Pflichtteilsanspruch unerheblich, aus welcher Quelle und wie der Überlebende sein Vermögen erworben habe. Wie und woher dieses auch sei, aus ihm sei der Pflichtteil zu entnehmen und zu berechnen. Es sei daher den Erblassern zu empfehlen, im Falle des § 2269 das Kind, das den Pflichtteilsanspruch geltend machen sollte, von der Erbschaft auszuschließen (und so auf den Pflichtteil zu setzen). Daß das unzufriedene Kind auf diese Weise doch etwas mehr, nämlich von einem Teile des Vermögens den Pflichtteil zweimal erhält, sei zwar etwas unbillig, falle aber nicht ins Gewicht. Goldmanns Ausführungen sind schließlich auch für Maercker-Köhne-Feist [6]) bestimmend gewesen, ihre Ansicht auf-

---

[2]) 16. Aufl. S. 180/81, 17. Aufl. S. 187/88, 18. Aufl. S. 323.
[3]) In der 17. und in früheren Auflagen.
[4]) Gruchot, Bd. 48, S. 82.
[5]) DJZ. 1906, Sp. 1182.
[6]) 18. Aufl. 1912, S. 323, Anmerkung 6.

zugeben und sich Goldmann anzuschließen: die Berechnung des Pflichtteils finde auf den Gesamtnachlaß statt. Den Vorschlag, Anrechnung anzuordnen, haben Maercker-Köhne-Feist ganz aufgegeben. Um Unzuträglichkeiten bei der Verteilung der Pflichtteile zu vermeiden, empfehlen sie[7]), entweder die Letzterbfolge überhaupt nicht und statt dessen die Nacherbfolge anzuordnen oder aber bei Anordnung der Letzterbfolge dem Rate Jastrows zu folgen.

§ 11.

2. Vermächtnisaussetzung (Jastrow).

Wie Maercker, so begnügt sich auch Jastrow[1]) damit, den Erblassern ein Mittel zu empfehlen, durch dessen Anwendung bei der Testamentserrichtung sie eine Bevorzugung verhindern können. Jastrow rät ihnen, für den Fall, daß ein Kind den Pflichtteil fordern sollte, den übrigen, zufriedenen Kindern ein dem Werte ihres gesetzlichen Erbteils entsprechendes Vermächtnis auszusetzen. Dieses solle zwar erst mit dem Tode des Zweitversterbenden fällig werden, aber schon mit dem Tode des Zuerstversterbenden den zufriedenen Kindern anfallen. Für den Fall, daß alle Kinder sich verabreden und den Pflichtteil fordern sollten, rät er, eine dritte Person als Vermächtnisnehmer einzusetzen.

Dieser Vorschlag erscheint als ein recht brauchbares Mittel für die Erblasser, solange es Zeit ist, die Bevorzugung zu vermeiden. Er hat verdiente Fürsprache gefunden bei P. Meyer[2]), Kipp[3]), Planck[4]) und F. Leonhard[5]).

Maerckers und Jastrows Vorschläge bieten indes nur in beschränktem Maße Abhilfe. Bei beiden wird vorausgesetzt, erstens, daß die Erblasser einen Rechtskundigen zu Rate gezogen haben und zweitens, daß dieser die genannten Vorschläge kannte. In den vielen Fällen, wo Erbfall und Testament bereits vorliegen und der Richter zur Durchführung des erblasserischen Willens angerufen wird, versagen beide Hilfsmittel.

Wir können uns deshalb, wie auch F. Leonhard[6]) empfindet, bei diesen Vorschlägen nicht beruhigen. —

---

[7]) 18. Aufl. S. 324 und Anmerkung 2.

[1]) Vgl. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1904, S. 424 ff. Für die Praxis: Formularbuch (11. und 12. Aufl.), Berlin 1900.

[2]) Lehrbuch, § 59, Anmerkung 10.

[3]) S. 79.

[4]) Planck-Unzner zu § 2269, Bemerkung II 2 e.

[5]) Zu § 2269, Bemerkung IV.

[6]) Zu § 2269, Bemerkung IV.

II. Nach dem Gesetze.

§ 12.

1. Widerruflichkeit (Mattes).

Es gilt, eine Möglichkeit zu finden, die auch beim Vorliegen von Erbfall und Testament und beim Fehlen einer besonderen Bestimmung dem letzten Willen der Erblasser zu seinem Rechte verhilft. Dieser Wille ist aller Wahrscheinlichkeit nach — wenn die Erblasser an den Fall des Pflichtteilforderns gedacht hätten — darauf gerichtet, eine Preissetzung auf die Nichtbeachtung ihres letzten Willens zu vermeiden. Einen besonderen Ausdruck braucht der Wille auch gar nicht gefunden zu haben; er ist vielmehr als selbstverständlich anzunehmen.

Von diesem Gesichtspunkt aus sucht Mattes[1]) nachzuweisen, daß der überlebende Ehegatte in dem Augenblicke, wo er den Pflichtteilsberechtigten auf dessen Verlangen befriedige, an seine letztwillige Verfügung nicht mehr gebunden sei.

Nach dem Gesetze (§ 2271, II) trete zwar im allgemeinen mit dem Tode des Erstversterbenden die Unwiderruflichkeit der im gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügungen ein. Allein, diese Unwiderruflichkeit beruhe nicht auf einer „starren, keine Ausnahme zulassenden Rechtsnorm", sondern sei stets unter dem Gesichtspunkte des letzten Willens des Erstverstorbenen zu betrachten. Von diesem sei regelmäßig auszugehen. Dies Prinzip sei auch im BGB. enthalten, das ja selbst Ausnahmen von dem Grundsatze der Unwiderruflichkeit festsetze (§§ 2271, II_2 und III), die nur Ausdruck des obigen Prinzips seien: daß die Unwiderruflichkeit des letzten Willens des Ueberlebenden in den Fällen nicht eintrete, wo sie dem Willen des Erstverstorbenen nicht entspreche.

Mit anderen Worten: Verlangt und erhält der Dritte den Pflichtteil, so schaltet er damit selbst die Gebundenheit des Überlebenden aus, der von da an nach seinem freien Willen die Verfügung widerrufen bzw. aufheben kann (ohne deshalb, wie in dem § 2271, II_2 und III dem Nachlaß gemäß § 2270, I herausgeben zu müssen).

Fände man diese Beweisführung nicht überzeugend, so bliebe noch die Möglichkeit der Anfechtung durch den Überlebenden wegen Erbunwürdigkeit bzw. Irrtums auf Grund der §§ 2078, 2281[2]).

---

[1]) S. 73, 74.

[2]) S. 74, Anmerkung 40.

Dieser zweite Vorschlag von Mattes erscheint abwegig. Denn das Geltendmachen eines gesetzlichen Anspruchs, des Pflichtteilsanspruchs, kann doch, außer wenn sie etwa eine rein schikanöse (§ 226) ist, niemals Irrtum im Sinne des BGB. und jedenfalls nie Erbunwürdigkeit begründen. Hingegen hat Mattes erster Vorschlag manches für sich.

Aber ob der von Mattes gefundene Grundsatz der Widerruflichkeit auf unseren Fall unbedenklich Anwendung finden darf, erscheint doch nicht fraglos.

Zwar ist wohl einzusehen, daß die im BGB. statuierten Ausnahmen von der Unwiderruflichkeit auf ein allgemeines Prinzip zurückgehen, wonach die Gebundenheit des Überlebenden auf dem letzten Willen des Verstorbenen beruht. Mit Recht hat deshalb das Gesetz in den Fällen, wo diese Gebundenheit dem letzten Willen des Verstorbenen nicht entspricht, Ausnahmen für jeden einzelnen Fall festgesetzt.

Aber darf aus der Festsetzung dieser Ausnahmen geschlossen werden, daß ihre Zahl beliebig vermehrt werden dürfe? Der Fall, daß die Verhältnisse nach dem Tode des Überlebenden sich anders gestalten, als dieser und der Erstverstorbene sie sich vorgestellt und gewünscht haben, kommt doch recht oft vor. Wohin sollte es führen, wenn in jedem dieser Fälle der Überlebende zum Widerrufe berechtigt sein sollte? Eine solche umfassende Berechtigung könnte leicht zu arger Mißachtung des letzten Willens des Verstorbenen zugunsten des Ueberlebenden führen.

Der Verstorbene hat doch seine Verfügungen, insbesondere die Erbeinsetzung des anderen Ehegatten unter der Voraussetzung getroffen, daß der andere an alle seine (des anderen) Verfügungen gebunden bleibe. Und es steht durchaus nicht immer fest, daß der Erstverstorbene die Gebundenheit des Ueberlebenden an seine Verfügungen für den Fall, daß ein Kind den Pflichtteil forderte nicht gewollt hat, was Mattes freilich als selbstverständlich annimmt.

Nach Mattes steht dem Ueberlebenden unter den genannten Umständen „der Widerruf resp. die Aufhebung (§ 2271, II)“ frei. Was ist nun damit gemeint? Es ist anzunehmen, daß die Worte „Widerruf“ und „Aufhebung“ im Sinne des erwähnten Paragraphen gemeint sind. Eck[3]) erklärt die Gesetzesworte folgendermaßen: Der Gesetzgeber sage mit Absicht „Aufhebung“ im § 2271, II 2, denn „Widerruf“ könnte so klingen, als ob der Berechtigte nur seine eigenen Verfügungen widerrufen dürfe.

---

[3]) Vorträge, fortgeführt von R. Leonhard, Bd. III, § 27, S. 180.

Wenn dem Überlebenden aber eine Aufhebung in diesem Sinne gestattet sein sollte, dann wäre Mattes erst recht nicht beizustimmen. Denn sonst wären etwaiger Unredlichkeit des Überlebenden Tür und Tor geöffnet. Der Überlebende brauchte sich bloß mit einem der Pflichtteilsberechtigten zu verbünden — Parteienbildung in Familien ist ja nichts seltenes — und zu verabreden, daß dieser den Pflichtteil fordere. Dann könnte der Überlebende in dem Augenblicke, da er den Pflichtteil auszahlt, einfach das ganze Testament „aufheben", ohne deshalb den Nachlaß des Erstverstorbenen herausgeben zu müssen.

Eine solche Folge kann aber nicht im Sinne des Erstverstorbenen liegen.

Bei der Aufstellung seines Vorschlages war Mattes von dem berechtigten Streben geleitet, den befriedigten Pflichtteilsberechtigten an seinem Nachfolgerrechte aus dem Testamente zu verkürzen, ein Ergebnis, wie es dem Willen der Erblasser entsprechen dürfte. Im Ergebnis ist ihm daher zuzustimmen.

Aber er sucht die Abhilfe auf einem ungangbaren Wege. Die von ihm befürwortete Analogie vermag meines Erachtens nicht zu überzeugen.

§ 13.

2. Die preußische Praxis und Theorie.

Die Frage, welchen Einfluß die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches auf das testamentarische Nachfolgerrecht habe, hat auch schon die Praxis und Theorie des preußischen Rechtes beschäftigt.

Als Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals [1]) (vom 15. April 1864) anzusehen.

Einem Gerichte erster Instanz (dem Kreisgerichte zu Hattingen) hatte der Fall vorgelegen, daß der überlebende Ehegatte nach Befriedigung der pflichtteilberechtigten Kinder aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen einen Seitenverwandten zum alleinigen Testamentserben auf das übrige Vermögen berufen hatte. Der Überlebende hatte dies getan in dem Glauben, daß er nach Herausgabe der Pflichtteile an die Bestimmungen des korrespektiven Testamentes nicht weiter gebunden sei.

Als nun aber der neue Erbe beim Tode des Überlebenden sein Erbrecht geltend machen wollte, meldeten sich die ursprünglich

---

[1]) Vgl. die Entscheidungen des Kgl. Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage, Bd. 52, S. 161—66; Rehbein, die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals, Bd. IV, S. 314/15.

als Letzterben eingesetzten und befriedigten Pflichtteilsberechtigten und verlangten die Herausgabe des Nachlasses.

Das Gericht entschied zugunsten des neuen Erben. Es bestätigte damit die Meinung des zweitverstorbenen Ehegatten, daß dieser nach Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten der ihm durch das gemeinschaftliche Testament auferlegten Beschränkung enthoben gewesen sei.

Das Appellationsgericht[2]) (zu Hamm) gab unter Abänderung des obigen Urteils den pflichtteilsberechtigten Erben Recht. Es sei dem Gerichte erster Instanz zwar insofern beizutreten, als die aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen entnommenen Pflichtteile an die Stelle der ihnen im Testamente zugedachten fideikommissarischen Erbteile getreten seien und es im übrigen aber bei dem Testamente geblieben sei. Daraus könne jedoch noch nicht gefolgert werden, daß der Überlebende von nun an auch letztwillig über das Vermögen habe verfügen können.

Der Überlebende sei Testamentserbe des Erstverstorbenen geblieben, wenn auch nach Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten nicht mehr alleiniger, da ja die Kinder neben ihn als Pflichtteilserben getreten seien. Daß er nicht unter allen Umständen alleiniger Erbe bleiben konnte, habe er aber beim Antritt der Erbschaft sich sagen müssen, da der Pflichtteilsanspruch ein gesetzlicher Anspruch sei.

Da nun der Überlebende auch unter diesen Umständen Testamentserbe des Erstverstorbenen geblieben sei, sei er nach wie vor an die Bestimmungen des Testamentes gebunden. Spätere letztwillige Verfügungen seien daher ungültig.

Kurz: der Überlebende ist gebunden, da die ihm vom Erstverstorbenen zugewandten Vorteile durch die Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten lediglich geschmälert aber nicht genommen worden sind. Das Testament bleibt im übrigen in Geltung.

Das Preußische Obertribunal vernichtete auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerden das Urteil des Appellationsgerichtes und stellte im Ergebnis das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Der Schwerpunkt der höchstrichterlichen Entscheidung liegt, wie Gruchot[3]) im Anschluß an diese feststellt, darin, daß das gemeinschaftliche Testament und daher auch die hinsichtlich der Ehegatten getroffenen Bestimmungen als „ein untrennbares Ganzes" angesehen werden.

Die Letzerbeinsetzung sei, so wird in den Gründen ausgeführt, eine bezüglich des Nachlasses beider Eheleute fideikommissarische

---

[2]) Vgl. Gruchots Beiträge zur Erl. des Preußischen Rechts, Bd. 8, S. 256/57.

[3]) Vgl. Gruchots Beiträge zur Erl. des Preußischen Rechts, Bd. 8, S. 378 81.

bzw. bedingte. Sie lasse sich „nur als ein untrennbarer Vorteil", der den Letzerben durch die Verfügung des Erstverstorbenen zugewendet sei, betrachten. Deshalb sei die aus Teil II, Titel 1, § 492, A. L. R.[4]) sich ergebende Gebundenheit des Überlebenden nur als ein den Kindern seitens des Erstverstorbenen zugewendeter Vorteil anzusehen. Mit anderen Worten: die Gebundenheit sei als die der Erbeinsetzung des Überlebenden stillschweigend oder kraft Gesetzes hinzugefügte Beschränkung zugunsten der Kinder zu betrachten. Erkennen nun die Kinder die im Testamente bestimmte Erbfolge nicht an, indem sie den Pflichtteil fordern und so „eine Erbfolge im Widerspruch gegen das Testament" herbeiführen, so sei darin an und für sich schon der Wille, die Zuwendungen des Testaments, nicht anzunehmen, zu erblicken.

Da andererseits alles, was einem Kinde auf den Sterbefall der Eltern zugewendet wird, auf den Pflichtteil anzurechnen sei (Titel 2, § 396), so ergäbe sich auch hieraus, daß, wenn der volle Pflichtteil verlangt und erhalten worden sei, dieser Pflichtteil als Ersatz und Abfindung für alle im Testamente gemachten Zuwendungen anzusehen sei.

Für das heutige Recht ist besonders das folgende Argument von Wichtigkeit; nach Koch[5]) bildet es den Kern der Entscheidung.

Der Erstverstorbene habe den Ueberlebenden als Erben seines (des Erstverstorbenen) vollen Vermögens eingesetzt. Da nun der Ueberlebende die Erbschaft angetreten habe, sei er nach gesetzlicher Vorschrift an seine Verfügung gebunden (Titel 1, § 492, A. L. R.; § 2271, BGB). Diese Vorschrift könne aber im vorliegenden Falle keine Geltung haben, denn sie setze voraus, daß dem Überlebenden die Erbschaft, wie sie im Testamente bestimmt worden sei, nicht von dritter Seite ganz oder teilweise entzogen werde. Werde sie ihm nun später aber doch von den Kindern entzogen, so treffe obige gesetzliche Voraussetzung nicht mehr zu. Folglich sei der Ueberlebende an seine Verfügung im gemeinschaftlichen Testament nicht mehr gebunden. —

Die Entscheidung des vorliegenden Falles bietet, wie sich leicht erkennen läßt, alle Schwierigkeiten. Die Entscheidung des Appellationsgerichtes wie die des Obertribunals sind jede in ihrer Art wohl begründet. Die erstere ist den Pflichtteilsberechtigten günstig, denn: ihr Nachfolgerecht wird durch die Befriedigung ihrer Ansprüche nicht berührt. Die zweite ist dem überlebenden

---

[4]) § 492 lautet: Nimmt er (der Überlebende) die Erbschaft aus dem Testament an, so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus dem Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe.

[5]) Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, (§ 63), S. 671.

Ehegatten günstig, denn: von der Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten an kann er über seinen dereinstigen Nachlaß frei verfügen.

Welche Entscheidung ist nun die richtige?

Bald nach jenen Enlscheidungen begann denn auch die Kritik einzusetzen.

1. Gruchot[6]) meint, es sei nicht zu verkennen, daß die höchstrichterliche Entscheidung viel für sich habe. Im übrigen vermeidet er es, sich für die eine oder andere endgültig zu entscheiden und stellt die Frage zur weiteren Prüfung.

2. Koch[7]) findet die Entscheidung des Obertribunals zutreffend. Regelmäßig könne der Überlebende nach Antritt der Erbschaft zwar nicht mehr letztwillig verfügen. Der Eintritt dieses Zustandes hänge indes von dem Eintritte zweier Umstände ab: erstens von der Antretung der Erbschaft und zweitens davon, daß diejenigen, die nach dem Tode des Letztlebenden fideikommissarisch bzw. bedingt zur Erbschaft berufen seien, diese, wie sie ihnen angeboten würde, unbedingt annehmen. Weigern sich nun die Pflichtteilsberechtigten, die fideikommissarische Erbschaft anzunehmen und lassen sie sich den Pflichtteil herausgeben, so sei der Überlebende an seine Verfügung nicht mehr gebunden.

3. Auch Rehbein[8]) schließt sich der Entscheidung des Obertribunals an. Ihm erscheint es als „selbstverständlich", daß der Pflichtteilsberechtigte außer dem Pflichtteil nicht noch sein Recht aus dem Testamente geltend machen könne. Die Verfügung des Überlebenden setze klar voraus, daß es bei dem Testamente des Erstverstorbenen verbleibe. Das Abgehen vom Testamente sei nach § 492 verboten, wenn es willkürlich und gegen den wahrscheinlichen Willen des Erstverstorbenen geschehe. Wenn aber der eingesetzte Dritte diesen Willen selbst nicht achte, dann falle dies Verbot fort.

Nach den kurzen Anmerkungen von Rehbein und Reincke zum Allgemeinen Landrecht[9]) ist der Fall, daß die Kinder den Pflichtteil auf Verlangen erhalten in den Folgen gleichzustellen dem Falle, daß die Kinder ohne Abkömmlinge versterben. Im einen wie im anderen Falle sei der überlebende Elternteil an seine Verfügung im gemeinschaftlichen Testament nicht weiter gebunden.

---

[6]) Vgl. Gruchots Beiträge zur Erl. des Preußischen Rechts, Bd. 8, S. 381.

[7]) Vgl. das Preußische Erbrecht S. 669—71.

[8]) Die Entscheidung des vormaligen Preußischen Obertribunals, bearbeitet und herausgegeben von Rehbein, Bd. IV (Nr. 321a), S. 314/15.

[9]) Allgemeines Landrecht mit Erl. von Rehbein und Reincke. Anmerkung 217 zu § 492, II, 1.

4. Förster[10]) meint ebenfalls, daß der befriedigte Pflichtteilsberechtigte kein Erbrecht mehr auf den Nachlaß des Überlebenden habe. Er begründet dies folgendermaßen: jeder Ehegatte verfüge über seinen eigenen Nachlaß, und zwar verfüge jeder unter der Bedingung, daß ihm der Nachlaß des Erstverstorbenen so zugewendet werde und ihm dauernd so verbleibe, wie er hinterlassen worden sei. Werde ihm dieser Nachlaß vom Pflichtteilsberechtigten hinterher wieder entrissen, so trete diese Bedingung eben nicht ein. Folglich sei der Überlebende an seine Verfügung nicht mehr gebunden.

Diese Begründung verdient meines Erachtens auch für das heutige Recht Billigung; ihr stimmt auch Goldmann[11]) zu. Es erscheint tatsächlich in den meisten Fällen des Pflichtteilforderns durch Letzterben zweifelhaft, ob der überlebende Ehegatte so testiert hätte, wie er testiert hat, wenn er geahnt hätte, wieviel ihm von dem Nachlasse des Erstverstorbenen verbleiben würde.

5. Eccius[12]) stimmt der Entscheidung des Obertribunals im Ergebnis zu. Er lehnt aber die Förstersche Begründung ab. Der Überlebende sei „an seine Verfügung an sich gebunden", sobald er die Erbschaft des Erstverstorbenen antrete (§ 492). An dieser Gebundenheit sei nicht zu rütteln.

Ausschlaggebend sei aber folgendes: der befriedigte Pflichtteilsberechtigte könne sich auf diese Gebundenheit nicht zu seinem Gunsten berufen, wenn er dem Testamente sonst die Anerkennung verweigere. Mit der Erhaltung des Pflichtteils sei der Empfänger für alle, auch die noch nicht fälligen Zuwendungen und Vorteile abgefunden.

Es ist Eccius meines Erachtens nicht gelungen, Förster zu widerlegen. Wenn der Überlebende unter der stillschweigenden Bedingung testiert hat, den gesamten Nachlaß des Erstverstorbenen zu erhalten und er erhält oder behält ihn nachher nicht, so hat die Verfügung mangels Eintritts der Bedingung eben keine Wirkung. Die Vorschrift des § 492 kann hieran nichts ändern, da auch sie nur auf dem „inneren Motiv"[13]) beruht, daß das Abgehen vom Testamente willkürlich oder gegen den wahrscheinlichen Willen des Erstverstorbenen geschieht.

Die nach Eccius richtige Begründung bildet meines Erachtens nur eine neue, andere, ebenso richtige Begründung desselben Ergebnisses.

---

[10]) Vgl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. IV (§ 257) S. 488, Anmerkung 46.

[11]) Bei Gruchot, Bd. 48, S. 76, 77. Vgl. unten § 16.

[12]) Förster-Eccius, S. 488, Anmerkung 46.

[13]) So Rehbein, S. 315.

Eccius lehnt auch die Begründung des Obertribunals ab, die dieses in der Theorie vom Universalfideikommiß suche.

Stützt sich nun wirklich die Entscheidung auch mit auf den universalfideikommissarischen Charakter der Zuwendung, so ist dadurch noch keine Ursache gegeben, die Entscheidung wegen eines von mehreren aufgeführten Gründen ganz abzulehnen. Der universalfideikommissarische Charakter der letztwilligen Zuwendung war nun allerdings schon in der Wissenschaft und Praxis des preußischen Rechts mit Recht sehr bestritten[14]) und ist heute völlig aufgegeben worden. Aber die Theorie vom Universalfideikommiß bildet, wenn sie überhaupt einen Stützpunkt bildet, ja gar nicht den Hauptstützpunkt der Entscheidung. Dieser liegt, wie Koch und Rehbein richtig herausgefunden haben, vielmehr im § 492. Insbesondere Koch, der doch selbst einer der eifrigsten Anhänger der Theorie vom Universalfideikommiß ist[15]), weist mit keinem Worte darauf hin, daß das Obertribunal seine Ansicht vom Universalfideikommiß teile, was doch sonst nahe gelegen hätte. —

Als Ergebnis dieser Meinungsäußerungen stellt sich heraus, daß die Entscheidung des Preußischen Obertribunals bei namhaften Theoretikern und Praktikern Zustimmung gefunden hat. Soweit sich übersehen läßt, hat die Entscheidung während der Geltungszeit des preußischen Landrechts keine Mißbilligung gefunden. Von der einzigen Ausnahme des Appellationsgerichts abgesehen, wird dem befriedigten Pflichtteilsberechtigten das Nachfolgerecht aus dem gemeinschaftlichen Testament einstimmig versagt. —

Merkwürdigerweise ist die heute herrschende Lehre im Falle des § 2269 entgegengesetzter Ansicht, obwohl das Bedürfnis das gleiche geblieben ist.

Im folgenden soll dargelegt werden, daß der Standpunkt, den die Wissenschaft und Praxis des preußischen Rechtes einnahmen, auch unter der Herrschaft des heutigen Rechtes nicht nur möglich, sondern auch richtig ist.

§ 14.

3. Anwendung des § 2306 BGB.

Es ist oben dargelegt worden, daß, wenn Ehegatten die Absicht hegen, ihren beiderseitigen Nachlaß erst nach beider Tode ihren Kindern zuzuwenden, sie dies entweder im Wege der Nacherbfolge oder der Letzterbfolge tun können.

---

14) Vgl. oben S. 14, 15.
15) Vgl. Koch, Preußisches Erbrecht. S. 666 Ba.

Wird der erstere Weg gewählt — werden also der überlebende Ehegatte als Vorerbe und die Kinder als Nacherben eingesetzt —, so geschieht dies meist deswegen, damit die Kinder bei der Verwaltung und Verwertung des Nachlasses des Erstverstorbenen einigen Einfluß haben (§§ 2113 I, II und 2114—18). Besonders wenn die Erblasser zu ihren erwachsenen Kindern Vertrauen haben und andererseits dem überlebenden, vielleicht wenig geschäftsgewandten oder gebrechlichen Ehegatten nicht alle moralische Verantwortung hinsichtlich des Nachlasses (der Familie gegenüber) aufbürden wollen, ist diese Art der Erbeinsetzung beliebt.

Wird der zweite Weg gewählt, wird also der überlebende Ehegatte als Ersterbe eingesetzt und sollen die Kinder Erben dieses Ehegatten auf den gesammten Nachlaß werden, so geschieht dies meist deswegen, damit der überlebende Ehegatte hinsichtlich des Nachlasses des Erstverstorbenen eine möglichst uneingeschränkte Stellung haben soll[1]). Die Kinder sollen in diesem Falle auf die Verwaltung und Verwertung des Nachlasses eben keinen Einfluß haben.

In der Tat, fragt man die Erblasser, auf deren Testament § 2269 zutrifft, nach dem Grunde dieser Anordnung, so bekommt man fast immer die Antwort: „Der längstlebende Ehegatte soll nicht die Nachteile eines Vorerben haben. Er soll in der Verfügung frei sein. Wir haben Vertrauen zueinander. Deshalb haben wir nicht die Nacherbfolge, sondern die Letzterbfolge der Kinder angeordnet."

Dieser Grund ist wohl zu beachten.

In einem Punkte stehen sich die Kinder im Falle der Nach- wie der Letzterbfolge freilich gleich: sind sie Abkömmlinge des Erstverstorbenen, so können sie den Pflichtteil verlangen. Für Letzterben ergibt sich dies daraus, daß sie durch das gegenseitige Testament von der Erbfolge des Erstverstorbenen ausgeschlossen sind[2]). Für Nacherben ergibt sich der Pflichtteilsanspruch aus § 2306. Nach dieser Vorschrift kann ein pflichtteilsberechtigter Nacherbe, der auf mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils eingesetzt ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil fristgerecht ausschlägt.

Der Letzterbe erhält also den Pflichtteil glattweg; der Nacherbe nur, wenn er zuvor den Erbteil rechtzeitig ausschlägt. Der Nacherbe steht sich also schlechter, obwohl die Erblasser, wie oben gezeigt, durch Anordnung der Nacherbfolge ihre Kinder besser stellen wollten als durch Anordnung der Letzterbfolge.

---

[1]) Vgl. F. Leonhard zu § 2269. Bemerkung I B.
[2]) Vgl. oben §§ 5 und 6.

Diese Folge wäre aber noch erträglich, wenn nicht der Letzterbe, der den Pflichtteil vom Nachlaß des Erstverstorbenen bekommen hat und beim Tode des Zweitversterbenden vom Gesamtnachlaß noch den vollen Erbteil erhält, dadurch im ganzen ein erhebliches Mehr vor den übrigen Abkömmlingen erhielte. Diese Folge würde dem Willen der Erblasser sicher nicht entsprechen.

Die Erblasser haben, wie erwähnt, einander zu Ersterben eingesetzt der freien Stellung des Ersterben wegen. Nicht aber, um damit zu bezwecken, daß kraft der Ersterbeinsetzung, die sich gegen das Testament auflehnenden Kinder sich besser stehen sollen als die, welche es respektieren.

Da nun aber das Gesetz einmal im § 2306 das Verlangen des Pflichteils von der Ausschlagung des Erbteils abhängig macht, hingegen in § 2303 den Pflichtteil glatt zubilligt, müsse man sich — so meinen viele — mit dieser Regelung eben abfinden und dem Gesetzgeber die Abhilfe des Mangels überlassen.

Bei dieser Argumentierung wird aber (wenigstens hinsichtlich der vielen Fälle, in denen die Art der Erbeinsetzung zweifelhaft ist) etwas sehr Wichtiges übersehen: nämlich, daß § 2269 Auslegungsregel ist[3]). Die Regel des § 2269 soll eben nur dann angewendet werden, wenn es wahrscheinlich oder doch wohl möglich ist, daß die darin enthaltene Auslegung ihres letzten Willens dem wahren Willen der Erblasser entspricht. Ist es nicht wahrscheinlich, daß die Erblasser die in § 2269 vorgeschriebene Regelung gewollt haben würden, so tritt die Auslegungsregel ihrem Zwecke gemäß nicht in Kraft.

Und es ist unwahrscheinlich, sehr unwahrscheinlich sogar, daß die Erblasser einen Preis auf die Nichtbeachtung ihres letzten Willens haben setzen wollen. Soweit entspricht die in § 2269 enthaltene Auslegungsregel dem letzten Willen also nicht. Soweit kann sie daher auch keine Geltung haben.

Ähnlich verhält es sich in den Fällen, wo § 2269 nicht als Auslegungsregel eingreift, sondern wo die Letzterbfolge von vornherein klar und zweifelsfrei angeordnet wird. Auch hier kann aus dem der Letzterbfolgeanordnung zu Grunde liegenden Gedanken und dem Zwecke der gegenseitigen Erbeinsetzung geschlossen werden, daß die Konsequenz der Bevorzugung nicht mit gewollt ist. Auch in diesen Fällen gilt § 2269 insoweit nicht.

Wie ist nun diese Lücke im Gesetz bzw. im Testament auszufüllen?

Durch analoge Anwendung einer Vorschrift, welche verwandte Verhältnisse regelt, des § 2306.

---

[3]) Vgl. oben § 4.

Eine solche Regelung entspricht meines Erachtens dem wahrscheinlichen Willen der Erblasser am meisten.

Die Erblasser wollten die Ersterbfolge. Insofern trifft § 2269 zu. Sie dürften aber die Bevorzugung eines pflichtteilfordernden Abkömmlings nicht gewollt haben. Also — § 2269 hat seine Schuldigkeit getan — ist nach einer Vorschrift zu suchen, die dem wahrscheinlichen Willen der Erblasser gerecht wird. Das ist § 2306.

Zu diesem richtigen Schluß kommen Kößler und F. Leonhard. Beide befürworten die Anwendung des § 2306 hinsichtlich der Zerstörung des Nachfolgerechtes.

Beide weichen aber hinsichtlich der Art der Anwendung heblich voneinander ab. Während Kößler die direkte Anwendung empfiehlt, ist F. Leonhard nur für die analoge Anwendung des in jener Vorschrift enthaltenen Gedankens.

Es soll zunächst auf den Vorschlag Kößlers eingegangen werden.

§ 15.

a) Direkte Anwendung des § 2306.
(Kößler.)

Kößler[1]) legt zu seinen Ausführungen den richtigen Grund damit, daß er auf den im Testamente enthaltenen Willen zurückgeht, wie er sich bei verständnisvoller Auslegung des Testamentes ergibt.

Es widerspreche diesem Willen, führt er aus, daß unter mehreren Pflichtteilsberechtigten der befriedigte außer seinem Pflichtteil noch aus dem Gesamtnachlasse den Erbteil erhalte.

Eine Anrechnung des Erhaltenen auf den Erbteil komme nicht in Frage, da angesichts der testamentarischen Bestimmung — daß der gesamte Nachlaß erst nach dem Tode des Überlebenden auf die Dritten übergehen solle — nicht angenommen werden könne, daß lediglich diese Anrechnung gewollt sei.

Die richtige Auslegung sei vielmehr die: das, was der Erstverstorbene dem Letzterben habe zuwenden wollen, weigere sich der Letzterbe anzunehmen, indem er den Pflichtteil verlange. Folglich sei damit seine Erbfolge in *diesen* Nachlaß erledigt, und er habe jetzt nur noch Anspruch auf den ihm aus dem Nachlasse des *Überlebenden* zukommenden Anteil. Wie läßt sich diese Auslegung mit der testamentarischen Anordnung in Einklang bringen?

Der Erstverstorbene habe denjenigen Letzterben, der den Pflichtteil verlange, als *Nacherben* eingesetzt, so daß dieser gemäß

[1]) Vgl. Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1906, S. 1181 ff.

§ 2306 seinen Erbteil ausschlagen müsse. Der Überlebende habe ihn lediglich mit dem Anteile an seinem eigenen (des Überlebenden) Vermögen bedacht, nur dieser Anteil falle dereinst dem Letzterben zu. (Immer vorausgesetzt, daß der Nacherbteil größer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. Und zwar kommt es für die Berechnung nicht darauf an, ob bei der schließlichen Auseinandersetzung der Nacherbteil höher sein wird als 1/2 des gesetzlichen Erbteils, sondern maßgebend ist, ob die dem Nacherben hinterlassene Quote des Nachlasses höher als 1/2 des gesetzlichen Erbteils ist. Diese Quote verändert sich nicht, gleichviel ob der Nachlaß bis zum Eintritt der Nacherbfolge sich verkleinert oder nicht. So richtig Planck[2]) und F. Leonhard[3]).

Kößlers Ansicht hat — so erfreulich sie in Absicht und Ergebnis ist — in Literatur und Praxis wenig Anklang gefunden. Soweit sich übersehen läßt, stimmt ihr nur Wohlfahrt[4]) zu.

Diese laue Aufnahme des Vorschlags ist sicherlich seiner Begründung zuzuschreiben. Ihr haften erhebliche Bedenken an, über die nur eine sehr weitherzige Praxis hinweghelfen könnte. Kößlers Argumentierung bewegt sich im Kreise: Es gelte die Auslegungsregel des § 2269, folglich sei der Dritte Letzterbe. Weil er aber pflichtteilfordernder Letzterbe sei, sei er Nacherbe.

Außerdem zwingt doch die Annahme, daß der Erblasser eine Bevorzugung nicht wolle, keineswegs zu der weiteren Annahme, daß der Erblasser den pflichtteilfordernden Letzterben zum Nacherben eingesetzt habe. Schon deswegen nicht, weil bei der Nacherbfolge der Nacherbe Erbe des Erblassers ist und gerade nicht des Vorerben, bei der Letzterbfolge soll aber der Letzterbe just Erbe des Ersterben sein. Diesen dem § 2269 zu Grunde liegenden Gedanken ohne weiteres auf die zufriedenen Kinder zu beschränken, erscheint doch nicht unbedenklich. Ganz abgesehen von der tatsächlichen Schwierigkeit, nach Jahren das Vermögen des Überlebenden in die beiden Vermögensmassen zu sondern, die vor dem Tode des Erstverstorbenen einzeln vorhanden waren, eine Schwierigkeit, die gerade durch die Vorschrift des § 2269 beseitigt werden soll[5]).

Eine unmittelbare Anwendung des § 2306 erscheint hiernach als ausgeschlossen. —

Wie oben erwähnt, hat Kößlers Vorschlag sehr wenig Zustimmung gefunden.

---

[2]) Zu § 2306, Bemerkung 1.

[3]) Zu § 2306, Bemerkung IV und die dort zitierten Schriftsteller und Entscheidungen.

[4]) S. 47.

[5]) Vgl. Goldmann, S. 83.

So wird er abgelehnt auch von F. Leonhard[6]), der darauf hinweist, daß der Dritte im Falle des § 2269 eben nicht Nacherbe sein solle.

Andere Gegengründe macht Mattes[7]) geltend: Es bestehe zwar zwischen dem Letzt- und Nacherben eine gewisse Verwandtschaft. Aber der Nacherbe sei doch weit günstiger gestellt als der Letzterbe. Außerdem sei ja die Zuwendung an den Letzterben nach der Konstruktion des § 2269 nicht vom Erstverstorbenen gemacht, so daß er von diesem, rein rechtlich betrachtet, gar nichts erhalten habe.

Hierzu kommt noch, daß ein Erbe nach dem Grundsatze des § 1946 die Erbschaft überhaupt erst ausschlagen kann, nachdem der Erbfall eingetreten ist. Dieser tritt aber für den Letzterben erst mit dem Tode des zweitversterbenden Ehegatten ein. Vor dessen Ableben kann also der Letzterbe die Erbschaft noch gar nicht ausschlagen.

Tatsächlich kann eine Ausschlagung irgendwelcher Art für den Letzterben nicht in Betracht kommen einfach aus dem praktischen Grunde, weil nichts auszuschlagen da ist.

§ 16.

b) Analoge Anwendung des § 2306.
(Goldmann, F. Leonhard.)

Der Kößlersche Vorschlag der Anwendung des § 2306 ist aus den dargelegten Gründen nicht annehmbar.

Die herrschende Meinung[1]) verwirft danach eine Anwendung des § 2306 überhaupt.

Damit wird meines Erachtens des Guten wieder zuviel getan.

Die Bevorzugung des befriedigten Pflichtteilsberechtigten und der darin enthaltene Anreiz zum Pflichtteilverlangen werden nach wie vor als unerwünschte Konsequenzen des § 2269 empfunden. Ebenso wird das dringende Bedürfnis gefühlt, dem pflichtteilerhaltenden Letzterben — ganz besonders auch angesichts des Charakters des § 2269 als einer Auslegungsregel — wie einen Nacherben an seinem Nachfolgerechte zu verkürzen.

Sollte es nicht möglich sein, dieses Ziel auf einem rechtlich einwandfreiem Wege zu erreichen?

Von diesem Gesichtspunkt aus ist bedeutsam ein Hinweis F. Leonhards[2]). Leonhard weist darauf hin, daß die Vorschrift

---

[6]) Vgl. zu § 2306 Bemerkung IV.
[7]) Vgl. S. 72.
[1]) Genannt seien nur: Planck zu § 2269 Bemerkung II 2e; Maercker-Köhne-Feist, 17. Auflage, S. 187; Mattes, S. 72, Anmerkung 31.
[2]) Vgl. zu § 2269, Bemerkung IV.

des § 2306 zwar direkter Anwendung nicht fähig, aber ebenso umgedeutet werden müsse, daß infolge der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches das Nachfolgerecht untergehe.

Leonhard beruft sich dabei auf einen Aufsatz Goldmanns[3]): „Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sogenannten Berliner Testaments.“ In diesem wird u. a. die Rechtsstellung des pflichtteilsberechtigten Letzterben eingehender Prüfung unterzogen.

Es ergäbe sich zwar, so führt Goldmann aus, als strenge Konsequenz des § 2269, daß der befriedigte Pflichtteilsberechtigte außer seinem Pflichtteil später noch den gesamten Erbteil erhalte. Zweifellos treffe aber diese Auslegung den Willen der Erblasser nicht.

Es sei daher dem Preußischen Obertribunal[3]) dahin beizustimmen, daß der befriedigte Pflichtteilsberechtigte auf Grund des Testamentes den Erbteil nicht verlangen dürfe.

Wenn Ehegatten überhaupt die Letzterbfolge anordneten, so habe der überlebende Teil diese Anordnung nur für den Fall vorgenommen, daß er Ersterbe werde auf den ganzen Nachlaß des Erstverstorbenen. Verhindere nun ein Pflichtteilsberechtigter durch Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches, daß dem Überlebenden der ganze Nachlaß zufalle, so könne der Befriedigte nach dem Tode des Überlebenden sich nicht zu seinem Vorteil auf ein Testament berufen wollen, dessen volle Wirkung er vereitelt habe.

Es sei daher auch mangels besonderer Bestimmung das Testament so auszulegen, daß jeder Ehegatte „seine Verfügung nur gewollt hat, wenn auch die Verfügung des anderen unangetastet bleibt.“

Im großen und ganzen sind die von Goldmann geltend gemachten Gründe schon für das preußische Recht von Förster und Eccius vorgebracht worden[4]).

Daß die Gründe für den Fall der Anordnung der Nacherbfolge (§ 2306 BGB.) zutreffen, wird von den meisten zugegeben. Weshalb? Weil das Gesetz selbst die Konsequenzen aus diesen Gründen zieht und eine Ausschlagung verlangt.

Da es diese Konsequenzen im Falle des § 2269 nicht zieht, so kann von einer Ausschlagung auch nicht die Rede sein. Dieser herrschenden Meinung ist beizustimmen. Soweit decken sich beide Fälle nicht, daß beidemal Ausschlagung stattzufinden habe.

Sie decken sich aber insoweit, daß die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches einen Einfluß auf das Nachfolgerecht haben muß. Dieses Bedürfnis ist in beiden Fällen das gleiche.

---

[3]) Gemeint ist die oben im § 13 angeführte Entscheidung.

[4]) Vgl. oben § 13.

Der Zweck der im Testament getroffenen Erst- bzw. Vorerbeinsetzung ist, den überlebenden Ehegatten im möglichst ungestörten Genusse des Ehevermögens zu belassen. Die Verfügung des Erstverstorbenen ist daher auf der Voraussetzung aufgebaut, daß der Überlebende sein (des Erstverstorbenen) gesamtes Vermögen erhalte.

Daneben dürfen allerdings die Interessen der Kinder nicht außer acht gelassen werden. Ihnen ist deshalb notgedrungen der Pflichtteil zuzubilligen.

Irgendeine Belohnung für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches auszusetzen liegt aber gar nicht im Sinne des gemeinschaftlichen Testamentes. Im Gegenteil, den Ehegatten liegt es im allgemeinen näher, eine Strafe auf das Verlangen des Pflichtteils zu setzen, um die Berechtigten — dem Zwecke des Testaments gemäß — von der Geltendmachung ihres Anspruchs abzuschrecken[5]).

Alle diese Gründe treffen sowohl auf den Fall des pflichtteilfordernden Letzterben wie auch den des pflichtteilfordernden Nacherben zu. In beiden Fällen liegt es aller Wahrscheinlichkeit nach im Sinne der Erblasser, den Pflichtteilsberechtigten die Geltendmachung seines Anspruchs eher etwas kosten zu lassen, als ihn dafür zu belohnen.

Dieser Wille ist von den Erblassern, wenn sie an den Fall des Pflichtteilforderns gedacht hätten, sicherlich als gewollt anzunehmen. Wollten sie das Entgegengesetzte, nämlich den Pflichtteilfordernden dazu anreizen, den Nachlaß zu verkleinern, so mußten sie etwas so Außergewöhnliches besonders sagen. Von normalen Durchschnittserblassern ist ein solcher Wille nicht zu erwarten.

Nun könnte man vielleicht entgegnen: die Fälle des vom Gesetze festgesetzten Verlustes des Nachfolgerechtes sind doch aber in § 2306 erschöpfend geregelt! Bei der klaren Fassung dieser Vorschrift ist es doch nicht angängig, diese Fälle willkürlich zu vermehren!

Allerdings ist kaum daran zu zweifeln, daß § 2306 eine erschöpfende Aufzählung beschränkter Erbeinsetzung (durch die Ernennung eines Vorerben, Testamentsvollstreckers . . .) bietet und nicht nur Beispiele aufzählt[6]). Zwar behauptet Schiffner[7]) (wohl als einziger), daß die Aufzählung eine nur beispielsweise sei, daß also § 2306 auch bei anderen Beschränkungen zu gelten

---

[5]) Ähnlich Jastrow a. a. O.

[6]) Vgl. u. a. Dernburg (§ 110) S. 311; Staudinger zu § 2306, Bemerkung 1; Planck zu § 2306, Bemerkung 2; F. Leonhard zu § 2306, Bemerkung II A 5.

[7]) S. 35, Anmerkung 19.

habe (also auch bei Letzterbeinsetzung). Aber diese Meinung läßt sich angesichts der Fassung des § 2306 schlechthin nicht begründen. Auch die von Schiffner selbst angeführten Verweisungen in den §§ 2307/8 sprechen gegen seine Ansicht.

Nun ist in § 2306 angeordnet, daß in den dort genannten Fällen eine Ausschlagung stattzufinden habe. Damit ist doch aber noch nicht gesagt, daß in anderen Fällen beschränkter Erbeinsetzung ein Verlust des Nachfolgerechtes nicht eintreten dürfe.

Dieser weitere Gedanke ist sehr wohl der analogen Ausdehnung fähig.

Das Gesetz verlangt in § 2306, Absatz I die Aufgabe des Nachfolgerechtes von gewissen beschränkt (oder beschwert) eingesetzten Erben. In Absatz II verlangt es dasselbe von einem, der noch stärker beschränkt ist, der überhaupt nicht als Erbe, sondern bloß als Nacherbe eingesetzt ist. Wieviel näher liegt es, die Aufgabe von dem zu fordern, der noch stärker beschränkt ist, dem armseligsten aller „Erben“: dem Letzterben![8])

Hier an den im § 2306 enthaltenen Gedanken anknüpfen und auf einen nahe verwandten Fall analog anwenden, heißt einen im Gesetz enthaltenen Gedanken im Sinne des Gesetzes organisch fortentwickeln.

Man könnte erwidern: Warum hat denn das Gesetz nicht einfach zum § 2306 etwa in einem III. Absatz den Fall der Beschränkung des Erbrechts durch Einsetzuug eines Ersterben hinzugefügt? Das Fehlen dieses Falles scheint doch zu beweisen, daß der Gesetzgeber ihn nicht mit einbegreifen wollte.

Darauf ist zunächst zu erwidern: Ja, dann brauchen wir die Rechtsfindung durch Analogie überhaupt nicht, wenn das Gesetz so über alles Menschenwerk erhaben wäre. Die Nichtberücksichtigung des Letzterben lag übrigens aus konstruktiven Gründen nahe. Eine Ausschlagung kommt für ihn wegen der dem § 2269 zu Grunde liegenden Auffassung nun einmal nicht in Betracht. Daher vergaß man wahrscheinlich, den Letzterben in die Vorschrift des § 2306 miteinzuziehen. Um so mehr, als man bei der Letzterbeinsetzung von einer Erbeinsetzung irgendwelcher Art überhaupt nicht sprechen kann. So ist der Letzterbe ja auch (nach fast übereinstimmender, richtiger Ansicht) von der Erbfolge des Erstverstorbenen ausgeschlossen.

Die Rechtsstellung des „Dritten“ im Falle des § 2269 hat im Gesetze überhaupt keine nähere Regelung gefunden. Der Pflichtteilsanspruch des Dritten ist auch nicht zweifellos feststehend, § 2303 (vgl. oben §§ 6 und 7). Begriffe wie „Ersterbe“, „Letzterbe“ sind erst von der Theorie näher präzisiert worden.

---

[8]) So mit Recht F. Leonhard in Bemerkung II A 4 zu § 2306.

In Ermangelung gesetzlicher Regelung ist es nun Aufgabe der Wissenschaft, in Erkennung der Übereinstimmung des Bedürfnisses in den dargelegten Fällen und dem Zwecke des im § 2306 enthaltenen Gedankens gemäß, für gleiche Verhältnisse die gleichen Vorschriften aufzufinden.

Auch im preußischen Landrecht war, wie oben[9]) festgstellt, die Frage nicht zweifelsfrei geregelt. Die preußische Wissenschaft und Praxis hat aber die ihr daraus erwachsene Aufgabe im Laufe der Zeit klar erkannt und meines Erachtens richtig gelöst.

Die Wissenschaft des jungen neudeutschen Rechtes hatte zunächst wichtigere Aufgaben zu erfüllen, um so mehr, als die oben erörterte Frage nicht zu den bewegendsten des Erbrechtes gehört.

Aufgabe der neueren Zeit ist es, das Gesetz weiter zu durchforschen und nicht bloß nach den starren Buchstaben, sondern nach Geschichte, Anordnung und Zweck des Gesetzes seine gerechte Erfüllung anzustreben.

Mögen obige Zeilen zu diesem hohen Ziele ein wenig beitragen!

Schlußergebnis: Wenn die Leonhardsche Ansicht in der Praxis allgemeine Übung fände, dann hörte das leichtfertige Geltendmachen des Pflichtteilsanspuches durch Letzterben auf. Denn, sobald diese darauf aufmerksam gemacht würden, daß sie daran seien, ihr Nachfolgerecht aus dem gemeinschaftlichen Testamente zu verlieren, so würde das für sie in den meisten Fällen ein Grund sein, eine verständnisvolle Einordnung ihrer Interessen neben die des überlebenden Ehegatten in friedlicher Auseinandersetzung anzustreben.

Damit wäre beider Interessen wie auch den der übrigen, mit dem Testament zufriedenen Letzterben und dem mutmaßlichen Willen der Erblasser im Sinne des Gesetzes (§§ 2269, 2084[10]) weit mehr gedient, als dies nach der herrschenden Auffassung der Fall ist.

Kurz gefaßter Inhalt dieser Schrift.

Der pflichtteilsberechtigte Dritte, der laut dem gemeinschaftlichen Testament den Nachlaß beider Ehegatten nach dem Tode des Überlebenden erhalten soll (sog. Letzterbe), hat beim Tode des Erstversterbenden gegen den Überlebenden einen Pflichtteilsanspruch (§§ 2269, 2303); denn er ist von der Erbfolge des Erstverstorbenen durch das Testament ausgeschlossen.

---

[9]) Vgl. § 13.

[10]) § 2084 lautet: Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.

Dies ist die in Theorie und Praxis fast übereinstimmende und richtige Ansicht.

Macht nun der Dritte seinen Pflichtteilsanspruch geltend, so verliert er dadurch sein Nachfolgerecht aus dem Testament.

Zwar ist eine solche Vorschrift im Gesetze ausdrücklich nur hinsichtlich desjenigen Pflichtteilsberechtigten gegeben, der als Erbe bzw. Nacherbe berufen und durch die Einsetzung eines Nach- bzw. Vorerben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers . . . beschränkt oder beschwert ist (vorausgesetzt, daß der Erbteil größer ist als die Hälfte gesetzlichen Erbteils, § 2306). Was für den Nacherben gilt, muß aber um so mehr für den Letzterben gelten, da dieser durch die Einsetzung des Ehegatten (sog. Ersterben) noch weit stärker beschränkt ist.

Hält man dies nicht für richtig, so muß man demjenigen Letzterben, der nach dem Tode des Erstverstorbenen den Pflichtteil erlangt hat, beim Tode des Überlebenden noch den ihm laut Testament zukommenden Erbteil zubilligen. Die Folge hiervon ist, daß dieser Letzterbe im ganzen mehr erhält als die übrigen, die den letzten Willen respektiert haben. Daß sich diese Folge mit dem anzunehmenden Willen der Erblasser sowie dem der Vorschrift des § 2306 zu Grunde liegenden Zwecke nicht verträgt, liegt auf der Hand. Dem Zwecke des gemeinschaftlichen Testamentes entspricht es, daß die Erblasser nicht eine Belohnung auf das Verlangen des Pflichtteils setzen, sondern dem Berechtigten sein Verlangen eher etwas kosten lassen wollten.

Eine Beeinträchtigung des pflichtteilerlangenden Letzterben an seinem Nachfolgerrechte haben befürwortet für das preußische Recht: das Obertribunal, Koch, Förster, Eccius, Rehbein. Für das heutige Recht wird sie verlangt von: Kößler, (Mattes) Goldmann, F. Leonhard.

Anders die herrschende Meinung. Nach ihr behält der befriedigte Letzterbe trotz Bevorzugung vor den übrigen sein Nachfolgerecht unversehrt. Hauptstützpunkt dieser Meinung ist das Fehlen einer die oben vertretene Ansicht rechtfertigenden ausdrücklichen Gesetzesvorschrift.

Lebenslauf.

Am 2. Januar 1888 wurde ich, Kurt Röttger, zu Magdeburg als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Moritz Röttger und seiner Ehefrau Lina, geb. Hitzeroth, geboren.

Ich bin Protestant und Preuße. Von Ostern 1894 bis 1897 besuchte ich die städtische Vorbereitungsschule, von Ostern 1897 bis Michaelis 1908 das städtische Realgymnasium in Magdeburg. An letztgenannter Anstalt bestand ich Michaelis 1908 die Reifeprüfung.

Von diesem Zeitpunkt bis Michaelis 1909 studierte ich Rechtswissenschaft in Marburg, im Wintersemester 1909/10 war ich in Berlin, im folgenden Semester in München.

Im fünften bis achten Semester — ein Semester war ich krank — studierte ich wieder in Marburg und bestand am 25. September 1912 die erste juristische Prüfung vor der am Königlichen Oberlandesgericht in Cassel bestellten Prüfungskommission.

Nach meiner Ernennung zum Referendar im Bezirke des Königlichen Oberlandesgerichts in Naumburg a. S. wurde ich dem Königlichen Amtsgericht in Loburg (bei Magdeburg) zur Ausbildung überwiesen.

Das Rigorosum bestand ich in Marburg am 20. Februar 1913.